

BULLETTINO
DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO

DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

Anno VIII (1895)

ROMA
L. PASQUALUCCI, EDITORE

1895.



.K
9
S75
anno 8

INDICE DEL VOLUME VIII

(1895)

C. FERRINI. — Contributi alla dottrina del prelegato	Pag.	1
F. BUONAMICI. — Nota al § 10 Instit. <i>De hered inst.</i> (II, 14).		31
V. SCIALOJA. — Note minime sulle condizioni impossibili nei testamenti		36
F. PATETTA. — Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio e della scuola di Roma		39
V. SCIALOJA. — Il papiro giudiziario Cattaoui e il matrimonio dei soldati romani		155
S. RICCOBONO. — Studi critici sulle fonti del diritto romano	Pag.	169
BONFANTE — Sulla denominazione <i>in bonis habere</i>		296
F. PATETTA — Frammenti Torinesi del Codice Teodosiano		302
Recensioni — C. APPLETON. — Histoire de la compensation en droit romain (rec. V. SCIALOJA)		305
Notizie		311
Bullettino bibliografico		312

Contributi alla dottrina del prelegato

CAPITOLO I.^o

Una nuova dottrina è stata recentemente esposta dal Prof. Bernstein ¹⁾ e sostenuta con molto acume e molta dottrina. Secondo questo scrittore, i moderni (non senza colpa, a suo credere, della incerta terminologia delle Fonti nostre) hanno confuso quello che oggidì vuolsi chiamare “prelegato”, in senso stretto e tecnico con altre figure ben differenti. Il legato di precipuo [legatum per praeceptionem], che di solito si adduce come tipo saliente del *prelegato* (inteso nel senso accennato), è invece, a parer suo, tutt'altra cosa. In questo legato una *res hereditaria* si considererebbe come separata, scissa dal patrimonio e per conseguenza, come sottratta alla divisione; l'erede onorato la riceverebbe a parte, come precipuo, e tutta quanta in re legati. Non si applicherebbe perciò il principio “heredi a semetipso inutiliter legatur „ con tutte le sue conseguenze; non sopraggiungerebbe parziale nullità etc. - Più tardi simili effetti anzichè al tipo del legatum per praeceptionem si sarebbero annessi a qualsiasi evidente manifestazione di conforme volontà del testatore in altri tipi di legato o in figura di fedecommesso. Questo legato di precipuo sarebbe per quello, che a preferenza le Fonti designano col verbo *praelegare*,

1) Il lavoro, a cui accenniamo, fu l'ultimo del professore berlinese, che morì quasi subito dopo la sua pubblicazione.

del quale il normale significato si opporrebbe proprio a quello, che viene assunto come tecnico dai moderni.

Il Bernstein comincia ad esaminare quale sia il senso di "praecipere", e di "praecipuum", [*praecipere enim esse praecipuum sumere*; Gai. 2, 217]. Nelle azioni divisorie si parla di *praecipere* per indicare, che taluno, che è parte di una *communio* prende per sè qualche cosa, attuando un diritto suo particolare, in contrapposto al diritto comune, al diritto che in forza della *communio* stessa gli compete. Nel diritto ereditario "*praecipuum*", ci appare anzitutto in contrapposto a "*conferendum*"; *non conferre* equivale a *praecipere*. Ora non si conferisce quanto non si devolve nella massa ereditaria. Troviamo per conseguenza usato *praecipuum* per indicare ciò che il testatore vuole considerato come non appartenente all'eredità, ma come senz'altro spettante alla persona, ch'egli intende di beneficiare. Il B. crede pertanto di potere concludere, che *praecipere*, *praecipuum* indichino nel diritto ereditario, che una data cosa viene assegnata ad una persona in modo particolare, separandola affatto dal complesso patrimoniale. Non è proprio necessario che si riferisca ad un coerede; benchè certamente fra' coeredi, che si dividono l'asse ereditario, il contrapposto sia più naturale ed evidente.

Con queste osservazioni ritiene il B. senz'altro chiarito il carattere del *legatum per praeceptionem*, di cui si occupa a lungo, illustrando anzitutto la notissima controversia fra le due scuole. Un *legatum per praeceptionem* a favore dell'istituto ex asse non è, dati i presupposti del B., una figura impossibile e tanto meno assurda benchè egli debba convenire che non ce ne rimangono esempi.

Circa l'obbietto del *legatum per praeceptionem* vi sarebbe pur stata una controversia di scuola; giacchè i soli proculiani avrebbero ammesso il suo valore diretto, quand'anche la cosa legata fosse stata in bonis del testatore al tempo della sua morte.

Anche crediti, anco interi complessi patrimoniali ne avrebbero potuto costituire oggetto. S'aggiungono le due note eccezioni delle *res creditori fiduciae causa mancipio datae* e dei *nummi non hereditarii*.

Alla formula tipica del *legatum per praeceptionem* e alle sue diverse combinazioni con quelle del *legatum per vindicationem* si

vennero reputando equipollenti alcuni adattamenti di queste ultime; p. e. "e medio sumito", "hoc amplius quam quod eum heredem institui lego"; i medesimi effetti poterono annettersi più tardi anco alla figura del legato di obbligazione e del fedecompresso, qualora il testatore con congrua formula avesse manifestato analoga intenzione. In ciò il B. vede una conseguenza della dottrina proculiana, la quale avrebbe cominciato a togliere la necessità di un nesso tra il tipo originario del legato "per praeceptionem", e il conferimento di un "praecipuum", ad un coerede. Avvenuta siffatta mutazione, e rivolta l'attenzione dei giuristi più alla manifestata intenzione del testatore che non alla natura del tipo prescelto, l'uso della forma originaria del *legatum per praeceptionem* non si sarebbe più ritenuto bastante argomento per attribuire un vero "precipuo", all'onorato; siffatta forma avrebbe ormai potuto servire anche per ciò, che oggidì più propriamente si chiama prelegato; come viceversa a quel primo scopo avrebbe potuto servire, come si è detto, qualunque forma.

Il legato di precipuo così inteso avrebbe servito, secondo il Bernstein, a molteplici funzioni, per cui niun'altra figura si sarebbe altrettanto prestata: p. e, per congruagliare le condizioni di un erede, che dovesse ricavare dall'eredità tutta la parte sua, con quelle di un altro, che invece avesse già, durante la vita del testatore, ricevuto o preso qualche cosa dal patrimonio di lui; per far pervenire all'onorato quanto, se non giuridicamente, pur moralmente già si considerava come a lui spettante; e così via.

Le conseguenze della nuova dottrina sono numerose e gravi. Fondamentale è quella, che, considerandosi la cosa legata siccome precipuo e affatto separata dalla eredità, non sarebbe più possibile ammettere né caducità parziale né parziale acquisto *iure hereditario*. Donde si avrebbe che il coerede, cui fosse legato un precipuo e nel tempo stesso imposto di restituire la sua quota, non dovrebbe restituire al fedecommissario veruna parte del precipuo stesso. E ancora: il coerede cui fosse legato un precipuo, ancorchè vistoso, avrebbe diritto di trattenere la quarta falcidia in confronto dei legatari, senza imputare in essa veruna parte del suo precipuo. Si comprende pure, come non essendovi veruna caducità parziale, non dovrebbe aver luogo in caso di legatari con-

giunti quel diritto di accrescimento speciale a quello, che oggidì si dice il prelegato, il cui risultato è di mutare grandemente l'entità delle parti ai singoli devolute. Anzi il B. inclina a credere che nel suo legato di precipuo non avesse luogo in nessun modo il *ius adcrescendi*, neppure in caso di completa deficienza di uno dei collegatarii. Altre conseguenze sarebbero la possibilità del legato di precipuo anche a favore dell'erede istituito ex asse, l'indipendenza del diritto al legato dal fatto che il legatario diventi o no erede: la preferenza del legato di precipuo rispetto agli altri in ordine alla falcidia.

Secondo il B., in origine l'ordine del testatore rivolto a un erede di *praecipere* non si sarebbe considerato quale vero e proprio legato; bensì quale disposizione relativa alla distribuzione degli enti ereditari fra coeredi. Anzi egli propende a ritenere che si riferisse ai sui heredes, alla materia peculiare ecc. La *praeceptio dotis* competente più tardi di diritto al marito *filiusfamilias* nella divisione dell'eredità paterna si sarebbe svolta a immagine di quella ordinata nel testamento.

L'estensione subbiettiva e obbiettiva di tali "praeceptiones", avrebbe condotto a considerarle quali forme di legati. Arrivati a questo punto si spiegherebbe e l'ammissibilità degli estranei a farle valere e la concessione all'uopo di vere azioni di legato.

Affatto indipendentemente si sarebbe sviluppata quella figura, che oggidì s'intende specialmente col termine di prelegato, questo è un legato come tutti gli altri, una *delibatio hereditatis*, le cui regole speciali non sono che un'applicazione delle ordinarie norme dei legati al caso di un coerede legatario.

Se le suesposte dottrine fossero vere, è certo che grandemente erronea sarebbe la comune opinione circa il *legatum heredi relictum* e l'esegesi di moltissimi testi riferentisi alla materia. Si avrebbe una ben larga limitazione della regola che "*heredi a semetipso inutiliter legatur*,"; nonchè un singolare precedente romanistico della norma accolta oggidì da quasi tutte le legislazioni, che cioè il prelegato è valido anche per la porzione rispondente alla quota dell'erede onorato. Ma i nuovi insegnamenti, pur avendo il pregio di un'esposizione elegante ed erudita, non

mi sembrano atti a persuadere. L'antica e comune opinione ben parmi potersi difendere contro gli addotti argomenti e a tale intento mirano le seguenti riflessioni.

CAPITOLO II.º

La voce *praecipere* ha nell'uso dei giuristi romani un'accezione molto più larga, che al Bernstein non paia. *Praecipere* significa in genere "prendere a preferenza,, , in confronto s'intende di altri; come poi ciò avvenga, non è in alcun modo determinato. Arguire dal *praecipere*, che avviene per parte di un comunista nel *iudicium communi dividundo* al *praecipere* del coerede legatario nel *iudicium familiae erciscundae*, non è giustificato; poichè la rispettiva posizione rispetto al tutto da dividere è molto diversa e se il *praecipere* accenna al fatto, che a qualcuno è riserbata la preferenza pel "capere,, di qualche cosa, non accenna al modo con cui tale preferenza si afferma e tal *capere* si verifica.

Se p. e. noi leggiamo nel f. 77 § 21 D. 31 "commune filiorum negotium gestum intellegebatur, neque ob eam rem apud arbitrum divisionis *praecipuam causam filiae fore*,, , comprendiamo subito come s'intendesse largamente il "praecipere,, coi suoi derivati. Il fatto che il padre moribondo aveva affidato alla *filia maior natu* le chiavi e il sigillo "custodiae causa,, , e che aveva ordinato a un liberto di consegnarle le cose a lui affidate, non bastava a far credere che si trattasse di un fedecompresso, universale a favore di essa; fedecompresso, che, se in realtà fosse stato ordinato, avrebbe dovuto appunto trattarsi nel *iudicium familiae erciscundae*, dove i coeredi non avrebbero potuto trattenersi che la quarta pegasiana. Nella mente di Scevola "*PRAEICIPUA causa*,, , indica solamente a questo migliore trattamento riserbato nell'*arbitrium divisionis*. Ed il passo ha qualche importanza appunto perchè ne' paragrafi precedenti s'illustrano casi, che secondo il Bernstein sarebbero di *praeceptio* nel senso da lui inteso; p. e. § 19 e § 20.

Precisamente con questo ampio significato di "praecipere,, , si spiega l'interpretazione data dai giuristi romani all'ingiunzione fatta dal testatore ad un erede di restituire l'eredità o la

quota *praecepta aliqua re* o *pecunia*. Il valoroso prof. Bernstein riserba ad altra occasione lo studio di interessantissime disposizioni e non è a dire con quanto desiderio attendiamo questo suo promesso lavoro;¹⁾ ma ci sembra che fin d'ora non sarebbe stato male tenere qualche conto di esse per illustrare le presenti ricerche. Come io ho cercato di dimostrare in altri lavori contro alcune opinioni divergenti, se l'erede incaricato di restituire *praecepta certa re* è istituito ex asse, o se pur essendo istituito per una quota è incaricato di restituire *praecepta certa pecunia*, egli acquista la res o la pecunia integralmente *iure hereditario*; se invece egli è istituito pro parte e deve restituire la sua quota, *praecepta aliqua re*, egli acquista la res parte *iure hereditario* (e cioè per la porzione contenuta nella sua quota) e parte a titolo di fedecommissio, in quanto è tenuto a chiedere agli eredi le porzioni relative alle loro quote. Qui abbiamo "praecipere", riferito a due acquisti nel loro modo di avveramento e nel loro giuridico significato molto diversi, benchè esteriormente ed economicamente uguali. Ciò prova appunto, che non la giuridica natura dell'acquisto, ma il suo fine empirico e il suo carattere economico si vuole per tal guisa designare. In realtà nell'un caso e nell'altro la *res* o la *pecunia praecepta* viene sottratta integralmente alla restituzione; l'erede onerato la prende per sè o per sè la chiede a preferenza. Si noti che i giuristi romani considerano all'uopo siccome equipollenti le formole "praecepta", "accepta", "retenta", *aliqua re* o *pecunia*; ma che indicano la disposizione in sè stessa o il conseguente acquisto colla voce *praecipio*.

cf. p. e. il fr. 125 D. 30:

si heres centum praecipere iussus sit et restituere hereditatem et patronus bonorum possessionem contra tabulas petierit, sicut legata, ita et PRAECEPTIO pro parte, quam patronus abstulit, minuetur.

fr. 30 §. 4. 5. D. 36, 1

Et heredem institutum rogatumque hereditatem restituere, praecepta aliqua summa vel re, etiamsi in PRAECEPTIONE

¹⁾ Queste parole erano scritte prima che la dolorosa notizia della morte del B. fosse pervenuta.

minus quam quarta pars esset.... §. sed et si sine ulla PRAECEPTIONE rogatus fuerit hereditatem restituere.....

fr. 57 (55) § 3 *ibid.*:

...ut nec falcidiam exercere possit, nec PRAECEPTIO apud eum relinquitur, nec substitutio quoque etc.

Non ci maraviglieremo dopo tutto questo, che *praecipere* s'intenda anche del legato lasciato ad un coerede a carico esclusivo di un altro; qui pure l'effetto è un trattamento di preferenza dell'erede onorato: cf. il fr. 32 § 6 D. 33, 2 "hoc amplius Publia Clementiana *praecipiet* sibi quartae partis hereditatis meae, ex qua Julium Justum filium meum heredem institui, [usumfructum]".

E tanto meno dobbiamo maravigliarci, se con *praemptio* indubbiamente s'indica in alcuni passi ciò che pe' moderni costituisce il vero prelegato: anzi noi vedremo, che questo è il consueto significato. Possiamo fin d'ora insistere su di questo: che dal nome "*praemptio*," non si può in verun modo arguire quel carattere della disposizione e dell'acquisto, a cui pensa il valoroso romanista tedesco. ¹⁾ ²⁾

1) S'indica per *praecipere* anche il «prelevare» di una certa somma dalla eredità, che avviene da parte di un coerede od estraneo, per qualche scopo particolare ordinato dal testatore. Ecco i testi a me noti:

fr. 96 § 3 D. 30: si scriptus ex parte heres rogatus sit *praecipere* pecuniam et eis quibus testamento, legatum erat, distribuere, id quod sub condicione legatum est, tunc *praecipere* debet cum condicio extiterit.

fr. 107 pr. *ibid.*: si a pluribus heredibus legata sint eaque unus ex his *praecipere* iubeatur et praestare, in potestate eorum, quibus sit legatum, debere esse ait, utrum a singulis heredibus petere velint, an ab eo qui *praecipere* sit iussus.

fr. 88 § 1 D. 31 «a te peto, Titi, fideique tuae committo uti curam condendi corporis mei suscipias et pro hoc decem aureos e medio *praecipito*»...si Lucius Titius minus quam decem aureos erogaverit,... heredum commodo proficere.

fr. 10 pr. D. 34, 1 cum unus ex heredibus certam pecuniam *praecipere* iussus esset, de cuius sorte libertis alimenta praestaret, heredem quoque heredis ad *praemptionem* admitti placuit.

Mi par chiaro che in tutti questi passi non si alluda a legati; le regole esposte contrastano decisamente. Sono incarichi d'altro genere (se e come obbligatori, ora non voglio ricercare), che preludono alla figura dell'esecutore testamentario.

2) Notevolissimo in fr. 34 § 1 D. 31 "ἐξαίρετον βούλομαι αὐτὸν παρ' ἑαυτοῦ λαβεῖν": ἐξαίρετον λαμβάνειν è proprio *praecipuum sumere* e si vede come ciò non contrastasse coi principj di quello, che ora si designa colla voce *prelegato*.

Ancor meno si può, a mio avviso, sostenere una siffatta tesi per la voce "praelegare,,. Il verbo ha pure un significato ampio e comprensivo. Si potrebbe tradurre "legare a preferenza,,; ora ciò è manifestamente inteso nelle fonti nostre in senso duplice. Anzitutto indica i legati fatti a uno degli eredi, a cui una cosa vien legata a preferenza degli altri, alla cui quota ereditaria è anzi proporzionalmente sottratta. In secondo luogo *praelegare* indica lasciare per legato una cosa, già di preferenza spettante al legatario per qualche ragione giuridica o morale. Si è anche sostenuto e torna a sostenere il Bernstein, che "praelegare,, significhi "legare prima, più avanti,,; ma un tale significato (così strano anche di fronte alle analoghe formazioni) non è, come ho già accennato ne' miei *legati*, sostenibile con argomenti efficaci.

Nel secondo senso si discorre specialmente di *dos praelegata*.¹⁾

Il B. osserva, che "in nessuno dei testi, in cui si contengono i principî decisivi per la moderna del prelegato, si usa il verbo *praelegare*,, [p. 74]; ma noi vedremo invece nel quarto capitolo, che ciò non è precisamente vero. Sta in fatto che in molti di questi testi si parla solamente di "legare a un erede,,; ma è questo in genere, come non è sfuggito allo stesso scrittore, la più consueta maniera di accennare ai lasciti a titolo singolare fatti a favore di un erede.²⁾

1) Qui non intendo illustrare un punto, su cui vien luce dagli stessi studi del B. e su cui ho insistito nei miei *legati*, benchè forse la spiegazione ivi data non sia la migliore. Piuttosto richiamerò l'attenzione dei romanisti su un passo importantissimo e finora negletto dell' *Indice* di Stefano, ad fr. 30 D. 23, 6: ἐπειδὴ τὴν προίκα αὐτῆς ἐληγάτευσεν αὐτῇ, εἰκότως praelegatus εἶσαν καὶ οὐ κυρίως ληγάτευ-
 εἶσαν εἶπε τὴν προίκα. E cioè: «dal momento che ad essa ha legato la dote di lei, giustamente chiamò (il giurista) *prelegata* e non semplicemente *legata* la dote.» Con ciò adunque si accenna ad una terminologia comunemente ricevuta; si avverta soprattutto l' *εἰκότως*.

2) Che «praelegare» si riferisca in qualche testo alla *retentio iure hereditario* pare al Bernstein indubbio (unzweifelhaft) e cita il fr. 3 § 3 D. 22, 1. In esso si parla di un certo Pollidio istituito erede coll'onere della restituzione alla figlia della testatrice di «quidquid ex bonis eius ad se pervenisset». La testatrice stessa ordina a Pollidio di *retinere fundum*. Più avanti richiamasi questa disposizione colle parole «quod fundum ei praelegaverat».

Il testo non dice però se Pollidio fosse unico crede della testatrice (nè v'era alcuna necessità di dirlo). Se no! lo fosse stato, l'ordine di *retinere fundum* si sarebbe configu-

Alla suesposta dottrina, a cui, come testè si vide, manca ogni sicuro argomento tratto dalla terminologia delle Fonti osta soprattutto il principio che *heredi a semetipso legari non potest*. Il chiaro scrittore nega l'universalità di siffatto principio; sostiene che il testatore (almeno entro certi limiti) potesse scindere affatto una cosa dal complesso ereditario, nel qual caso su di essa non vi sarebbe stato concorso del titolo universale col particolare. Ma non vedo come ciò possa ammettersi. La ragione della regola che "*heredi a semetipso legari non potest*," è evidentemente quella, che l'erede continua la personalità del defunto; come mancherebbe di base un negozio giuridico diretto a procurare a noi quanto già abbiamo, così manca di base un legato in quanto mira a procurare all'erede (che è nella posizione giuridica stessa del defunto) ciò di cui quest'ultimo è proprietario.¹⁾ Ora questo fondamentale principio del diritto ereditario romano, che determina la condizione dell'erede, non può essere dal testatore arbitrariamente scosso. Egli può bensì ordinare che l'erede s'abbia qualche cosa, come legato; ma non può impedire che per la parte relativa alla sua quota sia assorbita nel titolo ereditario.

Senza ricorrere a un preteso senso di *praecipere*, l'effetto voluto dal Bernstein si avrebbe dovuto specialmente avverare nella ipotesi di un legatum per vindicationem lasciato a un erede. Effetto di questo legato è ordinariamente proprio quello di scindere una cosa dal complesso patrimoniale e istituire per essa una successione particolare.

Il legatario acquista ipso iure il dominio senza il ministero dell'erede. Eppure tali effetti non si hanno, quando legatario è un erede, almeno per la porzione relativa alla sua quota; qui il titolo di successione particolare svanisce di fronte a quello di

gurato come un vero prelegato nel senso comune e nostro (fr. 91 pr. D. 35, 1), lo credo ora, che appunto il fatto che chi usa tale espressione non è un profano, di cui si adducano le parole, ma il giurista medesimo, sia argomento sufficiente per ritenere che Pollidio sia erede parziale; nulla costringendoci ad attribuire al verbo «*praelegare*» un così insolito e così improprio significato.

1) Ancora più evidente è il motivo della regola nella ipotesi di un legato di obbligatione.

successione universale; come legato in quella proporzione il lascito non vale.

Male si fa appello alla volontà del testatore. Tutta la teoria romana in questa materia prescinde da essa; appunto perchè pende da un principio ad essa superiore. È impossibile che i giuristi pensassero colla loro disciplina della figura, che oggi diciamo propriamente "prelegato,, , di provvedere all'attuazione del volere dei testatori. Quando Papiniano, discorrendo della porzione di prelegato che si caduca e si assorbe nel titolo ereditario in confronto di quella che perviene al coerede onorato a titolo singolare, usa le note parole (fr. 18 § 2 D. 34, 9): "neque enim *rationem iuris* ac possessionis varietatem inducere divisionem voluntatis,, , esprime molto chiaramente come la dottrina giuridica qui non solo non tenga alcun calcolo della intenzione del testatore; ma vi contrasti. Il perno della dottrina è proprio la distinzione fra ciò che non si può acquistare come legato e che per conseguenza o si accresce ai collegatarii o si assorbe nel titolo ereditario e ciò che invece come legato si acquista; ora il giurista dice che a tale distinzione, a tale "varietas,, non corrisponde un'analogia *divisio voluntatis*. La volontà è piuttosto, che il "praedium integrum,, , vale a dire l'intera cosa legata, pervenga all'onorato oltre e all'infuori della sua quota ereditaria; proprio l'intenzione, che animerebbe il preteso "legato di precipuo,,

Io dunque conchiudo, che se fosse stata possibile veramente quest'ultima figura (nel significato che il B. sostiene), non sarebbe mai sorta la dottrina di quell'altra, che ora noi diciamo *prelegato* (e, io penso, diciamo bene). Poichè la volontà del testatore non è, di regola almeno, rivolta mai agli effetti, che invece da tale dottrina logicamente procedono; d'altra parte, se si potesse scindere affatto una cosa particolare dal complesso patrimoniale ereditario al punto di sottrarla alla successione universale, quando pur fosse onorato un erede, tale effetto avrebbe dovuto produrlo senz'altro il legato ordinario di proprietà.

Maggiori ancora sono le inverosimiglianze dei nuovi insegnamenti, dove si ammette la possibilità che tali effetti si potessero raggiungere colla figura di legato di obbligazione o di fedecomesso. Qui naturalmente non avviene veruna sottrazic-

ne della cosa legata dal complesso ereditario; l'acquisto da parte del legatario non si attua che colla mancipazione o colla consegna; prima la cosa rimane nella eredità e quindi, se il legatario è coerede, parzialmente nella quota di lui. L'impossibilità (ove egli adisca) di tener valido il legato anche per questa porzione, di costituire l'onorato creditore di sè stesso, è troppo manifesta. L'obiezione formidabile non è sfuggita al professore berlinese; e se egli risponde, che in sostanza il testatore ha voluto così e a tale volontà bisogna acconciarsi, che questo è il lato nominalistico del diritto, che le cose son quelle che noi vogliamo che siano, risponde in modo da far stupire chiunque abbia presenti i documenti dei giuristi romani proprio in questa materia. La grandissima abilità dei giuristi romani fu di escogitare delle vie oblique per raggiungere quei fini, che non si potevano colle dirette; ma essi non presero mai di fronte quegli ostacoli, che derivavano dai principii cardinali del sistema.

Esaminiamo ora brevemente quelle principali funzioni, che avrebbe avuto il *legato di precipuo*. Noi dimostreremo che a raggiungere l'intento una figura così anomala, così in contrasto con tutti i principii del diritto ereditario romano, non era punto necessaria.

Esso avrebbe anzitutto servito pei casi analoghi a quelli trattati nel fr. 12 D. 35, 1 e fr. 14 D. 33, 4. Nel primo si ha una disposizione così concepita: "quoniam filius maior ex arca mea decem sustulit, heres minor filius decem e medio sumito,"; il giurista avverte a ragione, che tal legato *idcirco relictum est, ut condicio filiorum exaequaretur*. Che qui si tratti di un legato di precipuo, argomenta il B. dalla formola E MEDIO sumito; su di questa parleremo più avanti. Il medesimo osserva, che solo mediante tale figura si ottiene quella parificazione, cui il testatore vuol pervenire. Poniamo, dice, che il figlio maggiore abbia sottratto 3000, e che la sostanza ereditaria sia di 20000. Se si applicassero le regole del prelegato, si avrebbe che i 20,000 si distribuirebbero tra' due figli nel seguente modo. Il minore dovrebbe avere dal fratello 1,500 a titolo di legato; per 1,500 il legato si caducherebbe restando assorbito nella quota ereditaria.

Sicchè egli finirebbe ad avere 11,500; 8,500 il fratello maggiore. Questi, computando i 3000 involati, avrebbe pure 11,500. Ma dice il B., a questa parificazione economica non corrisponde la giuridica: poichè il fratello maggiore avrebbe 3000 oltre la quota, il minore 1,500. Si ponga che il testatore abbia ordinato la restituzione fedecommissaria di metà della quota a ciascun coerede, il primo restituirebbe solo 4,250; il secondo 5000. Parificazione completa economica e giuridica si avrebbe col legato di precipuo. Qui si dovrebbero dalle 20,000 togliere anzitutto 3000 e darle al figlio minore, che le avrebbe interamente iure legati; la quota di ciascuno sarebbe di 8500.

Ma questo ragionamento non mi pare lodevole. Si può prima di tutto osservare, che ciò che importa è la parificazione economica; che si mantiene, finchè non è turbata da altre disposizioni del testatore, il quale, ordinandole, può benissimo prevenirne con opportune clausole gli effetti temuti. Nella specie poi, trattandosi di restituzione fedecommissaria (di cui peraltro il testo non fa cenno alcuno), non sarebbe arduo neppure operare colla volontà del testatore tacita, ma sicura.

Tutto ciò del resto è superfluo. Il professore berlinese non si occupa del titolo, con cui i 3000 si acquistano al figlio maggiore. Poichè il furto non è un titolo, così bisogna ammettere che i 3000 gli pervengano per legato del padre. E in realtà in quelle parole, che esonerano implicitamente il figlio maggiore dal conferire la somma nella eredità, è ovvio scorgere un tacito fedecommeso. Ciò posto, abbiamo che ciascuno dei due figli è istituito in parte uguale e onorato di uguale legato. Applicando la dottrina comune del prelegato, avremo che ciascuno ottiene 10,000 a titolo ereditario (incluse le 1,500 che per ciascuno si caducano *come legato*), e 1,500 a titolo singolare: la parificazione economica e giuridica è completa.

Nell'altro frammento si tratta del seguente caso. Teopompo istituisce in parti uguali due figlie e un figlio; poi dispone che sua figlia Crispina venga collocata per cura di certo Polliano, che conosce le sue intenzioni e che provvederà perchè sia accasata alle condizioni medesime della sorella. Si domanda "an eandem sum nam dotis nomine coheredes extra partem hereditatis minori

filiae praestare debeant,,. Scevola risponde: eum, cuius notio est aestimaturum, ut eadem quantitas ex communi praecipua minori filiae dotis nomine detur.

Che si tratti di un "precipuo,, argomenta il B. dalla frase *praestare extra partem hereditatis*; ma bisogna notare che *extra partem hereditatis* non vuol dire *extra hereditatem*. La questione è naturalmente quella, se la figlia debba costituirsi la dote colla sua porzione ereditaria o se deve ricevere oltre la sua parte la dote.¹⁾ Scevola risponde che la dote si deve dare "ex communi,, col concorso di tutti i coeredi e quindi della stessa figlia; mi pare chiarissimo che siamo nel caso tipico di un prelegato di obbligatezza.

Immaginiamo che alla prima figlia il testatore abbia costituito una dote di 900 e che egli muoia lasciando un patrimonio di 3000. Secondo la nostra teoria, la seconda figlia riceverebbe 1000 iure hereditario (inclusi 300 del prelegato di dote, che si caducano), più 600 a titolo di prelegato. La prima figlia avrebbe 1000 iure hereditario; ne dovrebbe pagare 300 come sua parte di onere nel prelegato a favore della sorella; ma avendo già avuto le dote di 900, finirebbe col percepire dal padre in totale 1600 come quest'ultima. La parificazione sarebbe economica, ma non giuridica; poichè l'una avrebbe 900 extra hereditatem, l'altra 600. Ciò è vero, ma poco importa per le riflessioni stesse già fatte a proposito dell' altro testo; le disparità effettive di trattamento non potrebbero sorgere che in forza di altre disposizioni del testatore, che è sempre libero di adibire i provvedimenti opportuni.

Il legato di precipuo dovrebbe servire per lasciare ai figli il peculio profettizio: cf. il fr. 89 pr. D. 31: "testamento filium et uxorem suam heredes instituit; postea epistulam scripsisse dicitur, qua et quidquid in peculio habuit filius ei donavit et adiecit praecipua haec eum suique iuris [et] post mortem suam habere velle.,". L' unico fondamento per ammettere qui un legato di precipuo sta appunto nella frase "praecipua habere velle,,; la quale però

¹⁾ Qui neppure si fa questione (come meglio vedremo avanti), se *tutta* la dote debba essere prestata oltre la quota: si vuol sapere in genere se la disposizione del testatore attribuisca o no un beneficio *oltre* la quota.

dopo le riflessioni esposte nel capitolo I.^o non può rivendicarsi tanta efficacia. Per lo scopo economico immediato serve egrogiamente il prelegato, come noi lo intendiamo; giacchè per esso pure si ottiene di far pervenire al figlio l'intero peculio. Tale scopo economico potrebbe essere turbato da altre disposizioni del testatore; ma qui pure nulla vieta ch'egli adibisca le opportune cautele.

Lo stesso ragionamento deve ripetersi in tutti i casi, in cui il paterfamilias vuol legare a qualche discendente ciò che in vita gli ha dato (senza potergli trasferire la proprietà), il prelegato a favore della moglie della *res uxoris causa emptae paratae*, quello di beni lasciati da qualche ascendente o parente dell'onorato e pervenuti al testatore o alla testatrice: fr. 88 § 2 D. 31 - fr. 77 § 19 *ibid.* - fr. 2 pr. D. 33, 7 etc.

L'ultimo degli accennati frammenti può anzi far luce in proposito.

Il testo dice: *cum pater pluribus filiis heredibus scriptis, duobus praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias dedisset, pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit*,. — A mio avviso esso non può intendersi bene, che riferito al prelegato, quale è assunto dalla comune dottrina. Si noti infatti la menzione delle "*partes coheredum*,,"; il legato grava proprio sulle singole quote; non è vero che la cosa si scinda dall'eredità tuttora indivisa. Inoltre la sua traduzione naturale è la seguente: 'essi (i prelegatari) avranno porzioni virili per quanto si riferisca alle quote dei coeredi, nonostante la disparità delle loro quote d'istituzione,,. Infatti, secondo la teoria da noi seguita, essi ricevono parti uguali da tutti i coeredi e la differenza effettiva del risultato dipende dal caducarsi di una porzione correlativa all'eredità della loro quota di istituzione e dal conseguente accrescimento che a quella è precisamente inverso. Il dubbio, cui vuol risolvere Papiniano, è evidentemente quello, se i due prelegatari, nonostante la diversa misura delle loro quote di istituzione, debbano ricevere parti uguali. E risponde affermativamente; ma con grande cautela. Dice che riceveranno porzioni uguali. E riceveranno porzioni uguali "*pro partibus coheredum*,,"; giacchè tali porzioni veramente consistono a titolo di legato e ai prelegatari in ogni evento rimangono.

Il Bernstein in altro punto dal suo scritto offre del passo una differente versione. Si vorrebbe dire, che i prelegatari ricevono parti uguali, ma che queste parti si commisurano all'entità della quota dei singoli coeredi gravati. Sta intanto, che nella dottrina del romanista egregio lo statuire un rapporto fra le "partes," dei coeredi ed un precipuo (che dal complesso ereditario dovrebbe affatto scindersi) sembra meno opportuno. Poi s'aggiunge che la risposta risulterebbe singolarmente incompleta. I due prelegatari ricevono parti uguali dai coeredi; ma per la parte relativa alla loro quota, che cosa avviene? Tale questione è inutile per chi presuppone la dottrina ordinaria del prelegato; si sa che tale parte si caduca e si accresce. Ma per chi segue la nuova dottrina deve essere capitale il conoscere se a ciascun prelegatario compete una porzione analoga all'entità della sua quota o invece, prescindendo da questa, una *portio virilis*. Su ciò Papiniano sarebbe muto come un pesce. Pare che il Bernstein ritenga che ciascun prelegatario deva aver proprio una parte uguale (e allora davvero non capisco perchè il giurista non ha detto senz'altro "partes viriles habituros legatarios placet,"); ma se si statuisce un rapporto colle quote degli altri eredi, perchè mai cessa il rapporto colle quote dei medesimi prelegatari? E se invece il rapporto sussiste, vuol dire che il precipuo entra parzialmente nella loro quota, e allora devono applicarsi le regole comuni del prelegato. - Possiamo dire con tutta sicurezza che di fronte al frammento citato la nuova teoria appare impossibile.

CAPITOLO III.º

Come quarto tipo di legato Gaio [2,216 sg.] adduce il legatum per praeceptionem colla nota formula "L. Titius hominem Stichum praecipito, . Varie sono le notizie importanti, ch'egli in proposito ci porge. La disputa fra le due scuole concerneva specialmente il problema, se onorato di un tale legato avrebbe potuto essere chi non fosse "aliqua ex parte heres scriptus, . I sabiniani sostenitori della negativa (pure ammettendo alcuni di loro possibile la convalescenza mercè il senatoconsulto neroniano) "nulla alia ratione putant posse consequi eum, cui ita

fuerit legatum, quam iudicio familiae erciscundae - - - officio enim iudicis id contineri, ut ei quod per praeceptionem legatum est adiudicetur,,. I proculiani invece ammettevano che, lasciato a un estraneo, tale legato funzionasse come un ordinario legato *per vindicationem*; come se fosse scritto semplicemente “capito,, , *supervacuo adiecta PRAE syllaba*; e appunto la rei vindicatio interveniva in luogo dell’actio familiae erciscundae.

In questo capitolo noi intendiamo di rettificare alcuni punti della teoria di questo tipo di legato specialmente per dimostrare che non convengono coi nuovi insegnamenti.

Anzitutto possiamo osservare, che dalla relazione gajana sembra chiaro non potersi un legato per praeceptionem lasciare ad un heres ex asse: “quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus sit, quod is *extra portionem hereditatis* praecipuum legatum habiturus sit,,. [2,217]. Inutile una simile disposizione non sarebbe stata; avrebbe servito a sottrarre certi beni alle pretese dei legatarii fedecommissarii e al computo della quarta falcidia; ma essa si giudicava impossibile. Se il testatore ordinava all’erede ex asse di praecipere qualche cosa, la *praeceptio* si considerava come un acquisto iure hereditario, che quindi entrava nel quadrante etc. Le parole “*extra portionem hereditatis*,, non vanno intese nel senso, che *tutta* la *praeceptio* pervenga al coerede onorato a titolo di legato; ma piuttosto nel senso, che *oltre* la quota ereditaria è lasciata al coerede un legato; che quindi, se non adisce l’eredità, il legato che gli è lasciato *extra portionem* gli si debba, in generale, ugualmente; e che, se invece adisce, gli si debba e la quota di eredità e *inoltre* il legato, per quanto i principii di questa materia il consentano; per quanto cioè il legato come tale possa consistere.

Circa l’oggetto del legato *per praeceptionem* io non credo che fra le due scuole vi fosse controversia. Si comprende come i proculiani, ritenendo che il legatum per praeceptionem lasciato a un estraneo funzionasse come una specie del legatum per vindicationem, esigessero in questo caso che la cosa appartenesse al testatore *ex iure quiritium* tanto al tempo del testamento quanto a quello della morte. Nel caso invece che il legato fosse lasciato a un coerede e si dovesse far valere nel iudicium familiae erci-

scundae, tutte e due le scuole opinavano bastasse che la cosa fosse in bonis del testatore mortis tempore.

I sabiniani ammettevano che, lasciata in tal modo una cosa che il testatore avesse mancipata al creditore fiducia causa, "officio iudicis", si potessero i coeredi costringere "soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is cui ita legatum sit. - Ora è ben da credere che di simile avviso fossero pure i proculiani; come è pure ben da credere, che già le due scuole si unissero (almeno dopo il S. C. giuvenziano) a ritenere valido (come tale) il legato per praeceptionem di "nummi, qui domi non essent.", Ma oltre questi limiti i giuristi romani non si spinsero mai, nè avrebbero potuto spingersi; il neroniano del resto poteva, almeno in parte, rimediare alle angustie del tipo. - E appunto con tacito riferimento al neroniano vanno intesi alcuni testi, in cui si dice essere stato legato a uno dei coeredi: "quod mihi debet praecipito,. Poichè da tutta la trattazione di Gajo appare che un simile legato non poteva riferirsi, che a cose corporali "in bonis", del testatore. [cf. p. e. fr. 42 D. 10,2]. Simili passi non provano pel legato per praeceptionem più di quanto pel legato per vindicationem provi ad es. il fr. 75 § 2 D. 30 "decem, quae mihi Titius debet, lego,, e, nella relazione a un intero complesso patrimoniale co' crediti correlativi, il fr. 76 § 1 D. 31 "Lucio Sempronio lego omnem hereditatem Publii Maevii.,

Il legatum per praeceptionem aveva per testimonianza di Gajo e di Ulpiano la formula "L. T.^{us} hominem praecipito,, e questa formula troviamo più volte nelle Fonti, disposata non di rado a quella del legatum per vindicationem. Ragione del frequente congiungersi delle due formule può essere stata in origine la volontà di far pervenire la cosa all'onorato che non diventasse erede, quando per la dottrina sabiniana da molti seguita poteva temersi, che in tal caso la disposizione risultasse senza effetto. D'altra parte la grandissima affinità dei due tipi invitava a cumularne le formole chiunque amasse una certa ridondanza di espressioni.

Se molte volte troviamo lasciato all'erede un legato in forma di legatum per vindicationem o anche in forma di *damnatio* o di fedecommesso, non ci è lecito pensare che qui si abbiano veri

sostitutivi o mere varietà del *legatum praeceptionis*, conservando ciascun tipo il significato proprio. Nè monta, che tali disposizioni si assumano qualche volta nelle Fonti sotto il nome di "praeceptio,,; giacchè, dato il senso lato di tale espressione, tali passi si riducono a significare che l' onorato è nel tempo stesso un erede. La chiara distinzione dei tipi appare tuttora da Gajo 2,218 e dagli accenni di Paolo e di Ulpiano. Nè pur frasi come "e medio sumito,,¹⁾ e simili possono considerarsi come mere varietà di *praecipito*; giacchè pel diritto romano "sumito,, "capito,, etc. sono formole riconosciute pel legato *per vindicationem* aventi un'efficacia ben determinata, la quale non può restringersi o mutare pel fatto di quelle aggiunte. Quindi p. e. se il testatore si è servito della formula "T^{us} e. medio sumito,, , ove l'oggetto non si trovasse al tempo del testamento e a quello della morte appartenere a lui *ex iure quiritium*, non avrebbe la disposizione potuto valere che mercè il neroniano, ancorchè si trattasse di *res in bonis* del testatore, di cosa che al tempo della morte fosse pervenuta nel suo dominio quiritario, di cosa mancata *fiducia* causa e così via.

Rispetto all'azione, con cui far valere il legato per *praeceptionem*, Gajo c'informa (2,219), che i Sabiniani rimandavano esclusivamente all' *actio familiae erciscundae*; non ci vien detto, a quale partito essi si appigliassero, qualora il giudizio divisorio fosse già espletato e comparisse p. e. il codicillo ordinatore di tal legato. - Pe' proculiani poi il *iudicium familiae erciscundae* era parimenti l'ordinario; ma, se occorreano i requisiti oggettivi del legato per *vindicationem*, s' accordava da essi anche la *rei vindicatio*; la quale sola poteva competere all' *extraneus* per tal guisa beneficiato.

Il *praecipere* pei sabiniani indicava appunto una preferita partecipazione ad un processo di divisione; pei proculiani era una forma di "capere,,. Si comprende pertanto come i primi non sapessero scindere i due concetti di "praecipere,, e di "dividere,,;

1) Taccio poi dell'espressione *hoc amplius*, che notoriamente nei testamenti romani serve solo a indicare il cumulo delle disposizioni e a impedire l'erronea opinione che si tratti di traslazione o di adenzione; cf. p. e. i miei *legati*, p. 319 sq.

la *praeceptio* aveva la sua naturale attuazione nella *adiudicatio*. Ciò però non vuol dire che essi non riconoscessero un diritto immediato dal prelegatario sulla cosa in tal modo legata: l'*adiudicatio* non solo crea dei diritti, ma anche serve a riconoscerli (Voigt *XII T.* 2,509). Basterebbe all'uopo ricordare l'elezione concessa dai proculiani in alcuni casi fra l'*actio familiae erciscundae* e la *rei vindicatio*. La dottrina poi dei proculiani non avrebbe potuto nascere, osserva bene il Bernstein, se non fosse stato comunemente ammesso, che il legato di precezione importasse un diritto immediato del prelegatario sulla cosa.

È certo che il legato *per praeceptionem* negli ultimi tempi della giurisprudenza classica si considera come produttore di dominio (quiritario o bonitario secondo le circostanze) e nulla vieta di considerare questo, come l'antico trattamento del tipo. È nota in proposito la c. 7 pr. Cod. VI,37: «si Fortidianum fundum primo pater tuus fratribus per praeceptionem ac mox tibi legavit, concursu dominium eius tibi quoque quaeritur». Qui si parla senz'altro di acquisto di dominio derivante dal legato, che produce il «concursus», dei vari onorati nella proprietà della cosa. L'importanza di questo testo si conferma mirabilmente con quanto dovremo dire nel successivo capitolo a proposito dell'accrescimento.

Intorno al fr. 32 D. 4,3 (in cui si riconosce *libero* il servo manomesso dal coerede, cui fu «legatum - - per praeceptionem»,) osserva non a torto il Bernstein, che qui la circostanza dell'avvenuta aggiudicazione potrebbe essere sottaciuta.¹⁾

1) Non veggio citato il fr. 32 D. 32. Sono istituiti più eredi; ad uno il testatore «dedit per praeceptionem certas species» e volgarmente gli sostituisce nella quota di eredità un altro coerede. Sorge il dubbio se costui non sia sostituito, anche nel legato e se possa togliere quindi le «certae species» al coerede prelegatario o ai suoi successori. Il quesito è proprio formulato così «an Sextia ex substitutione etiam haec quae praelegata Marcio erant iure substitutionis et legitimo herede defuncti (cioè del coerede rinunziante) sibi vindicare possit». La risposta è naturalmente, «Sextiam in legatis, quae Marcio data essent, substitutam non esse».

CAPITOLO IV.^o

La più importante indagine è quella che ora ci rimane intorno agli effetti del supposto legato di precipuo. È precisamente la differenza specifica nel modo di operare quella che contraddistingue le singole figure giuridiche e ne giustifica l'autonomia.

Noi lo sappiamo. La conseguenza fondamentale del nuovo concetto del legato di precipuo sarebbe quella che esso anche all' onorato che diventi effettivamente erede si acquisti *totalmente* a titolo di legato. Ci siamo già trattenuti a dimostrare con ragioni teoretiche l'impossibilità di questa dottrina; ma dobbiamo esaminare i testi, che sono stati addotti per confermare o in genere quella efficacia del " legato di precipuo „ o in particolare qualche atteggiamento di essa.

Che il *legatum praeceptionis* non operasse in tal guisa, sembra attestato con ogni chiarezza nel fr. 1 § 6 D. 43,3:

Qui vero ex causa praeceptionis possidet utique tenetur hoc interdicto (quod legatorum), pro ea scilicet parte, quam iure legati habet; non etiam pro ea, quam quasi heres habet. idemque erit dicendum et si alio genere legati uni ex heredibus legatum sit, nam et hic dicendum est pro ea parte, qua heres est, cessare interdictum.

Che qui la " causa praeceptionis „ indichi proprio il legato tipico per praeceptionem, risulta dal contrapposto degli " alia genera „; è un passo in cui la distinzione dei tipi non è stata levata (almeno completamente) dai compilatori. Lo stesso Bernstein deve pur convenire, che questa è l'interpretazione da darsi. E allora come non ammettere che la porzione del legatum per praeceptionem correlativa alla quota dell' onorato si cadauca e però gli rimane acquisita *iure hereditario*? Il romanista berlinese pensa all' ipotesi, che qui si tratti non di un legato di precipuo, ma di un legato per vindicationem lasciato ad un coerede in forma di *praeceptio*. Dopo il trionfo — egli osserva — della teoria proculiana, più che al tipo formale si dovette attendere alla intenzione del testatore e come un legato di precipuo potè lasciarsi con altre formule, così un legato ordinario, un prelegato nel senso mo-

derno delle parole potè lasciarsi in veste di *legatum* per *praeeptionem*. Su tutto questo ora non discutiamo; è certo che non fu punto data una dimostrazione persuasiva. Ma sembra verosimile, che quì il giurista, contrapponendo i singoli tipi (genera ¹⁾) per paragonarne l'efficacia, assuma l'uno di essi non nel suo vero significato e nella sua funzione specifica, ma in un significato ed in una funzione abusiva? E se il preteso legato di precipuo fosse veramente esistito, non era quì, proprio quì, che dovevasene far menzione e illustrarne gli effetti? Chi legge con animo spregiudicato questo brano ulpiano può pensar mai, che in qualche caso il legato fatto a un coerede gli si acquistasse integralmente *come tale* e fosse quindi l'onorato rispetto al medesimo tenuto integralmente coll'interdetto?

Inoltre non va taciuto, che spesse volte nei testi, i quali secondo la nuova dottrina trattano del legato di precipuo, si stabilisce una correlazione fra questo e le singole quote ereditarie, il che — come abbiamo già avvertito — implica come conseguenza necessaria la *caducità* proporzionale alla quota del precipiente. — Nè diverso è il significato de' testi, in cui si afferma che il precipuo grava sulla *communis hereditas* o deve prelevarsi *ex communi*; giacchè appunto questa espressione allude al fatto, che compartecipe dell'onere è la stessa quota del precipiente e mira a togliere il dubbio che l'onere riposi solamente su quote determinate. Ciò è confermato dal fr. 77 pr. D. 31, un passo che parla sicuramente di un prelegato, come noi l'intendiamo, e che usa proprio quell'espressione, che dovrebbe essere caratteristica del legato di precipuo:

Peto a te, filia, ut, acceptis ex hereditate mea in portionem tuam C aureis et praedium tusculano, — — — praedium quidem hereditarium iudicio divisionis DE COMMUNI filiam habituram, pecuniam autem *de parte* sua retenturam.

L'onere della pecunia riposa tutto sulla quota dell'onorato; in altri termini quì l'acquisto avviene integralmente iure hereditario. Rispetto al praedium ciò non può avvenire; si ha, come è detto in testi chiarissimi, un prelegato nel significato comune e nostro della parola.

¹⁾ *Genus legati* è proprio tecnico; p. e. Gai. 2, 192.

Ora che abbiain visto quale è la portata della frase " habere — — DE COMMUNI „, comprenderemo il vero valore di altri testi; si cfr. p. e. il fr. 14 D. 33, 4:

respondi: eum, cuius notio est, aestimaturum, ut eadem quantitas *ex communi* praecipua minori filiae dotis nomine detur.

Abbiamo visto, come il Bernstein trovi in questo passo un classico esempio del suo legato di precipuo. ¹⁾

Si veggia ora il fr. 25 § 22 D. 10, 2:

si pecunia, quae domi relicta non est, per praeceptionem relicta sit, utrum universa a coheredibus praestanda, *an pro parte hereditaria, quemadmodum si pecunia in hereditate relicta esset*, dubitatur et magis dicendum est, ut id praestandum sit quod praestaretur, si pecunia esset inventa.

Come si possa davanti a un testo così formale ed esplicito sostenere la nuova dottrina, non comprendo. Qui la correlazione fra l'onere e le quote è stabilita nel modo più chiaro. Il testatore lascia per praeceptionem una somma di denaro esistente nella eredità. La somma non si *presta integralmente*, ma in proporzione alla quota degli altri coeredi; poichè l'onere non grava soltanto su questi, ma su tutti, compreso il precipiente. Se i coeredi son quattro istituiti in parti uguali, il precipiente non riceve che 75. Gli altri 25 gli avrà nella sua quota, ma non a titolo di legato; bensì iure hereditario. — Così non può in veruna guisa discorrere un giurista che ammetta il preteso legato di precipuo. Giacchè data la reale esistenza di questa figura, si dovrebbe venire a diversa conclusione. Dalla eredità ancora indivisa (o supposta fittiziamente tale) s'avrebbe a dedurre la somma legata, da prestarsi integralmente (universa) a titolo di legato. Un procedimento non equivale certo all'altro, e non nascondo quindi il mio stupore per quanto leggo a p. 88 sg. dello scritto del Bernstein.

¹⁾ Cfr. il fr. 28 D. 10, 2: rem pignori datam si per praeceptionem legaverit testator, officio iudicis continetur, ut *ex communi pecunia luatur*, eamque ferat is, cui eo modo fuerat legata. — Qui si vuole apertamente dire, che l'onere di svincolare la cosa cade anche sul precipiente *in proporzione* della propria quota e non solo sulla quota dei coeredi. È pertanto ben chiaro il significato di « communis » ed è quanto mai ostile alla nuova dottrina.

Nel caso di *pecunia domi non inventa* potrebbe nascere il dubbio (appunto perchè l'onorato non ha nella sua quota i nummi da trattenere), che si tratti di onere gravante esclusivamente sui coeredi; ma questo dubbio circa l'intenzione del testatore è opportunamente rimosso dal giurista.

Nè contrasta (sia detto di passaggio, poichè non tocca la presente questione) al fr. citato l'altro passo del medesimo Paolo R. S. 3, 6, 1:

per praeceptionem uni ex heredibus nummi legati, qui domi non erant, officio iudicis familiae erciscundae a coheredibus praestabuntur.

Qui il giurista dice che il legato è valido (e valido come tale, senza ricorrere al neroniano) e che i coeredi saranno tenuti a pagare i denari; se integralmente o in proporzione delle loro quote, non dice; ma è ovvio intendere (poichè altro non si aggiunge) nel secondo senso in conformità alle regole generali.

La dottrina, ch'io seguo, trova una buona conferma nel fr. 42 D. 10, 2.

si ita legatum fuerit uni ex heredibus: *quod mihi debet, praecipito*, officio iudicis familiae erciscundae continetur, ne ab eo coheredes exigant. nam et si quod alius deberet, praecipere unus iussus fuerit, officio iudicis actiones ei praestari debebunt *pro portione coheredis*.

Anche qui torna la proporzionalità degli oneri e delle quote; vi ha dunque una porzione, che come legato non si presta, perchè inclusa nella quota dell'onorato; vi ha dunque parziale acquisto *iure hereditario*.

Se fosse vera la nuova concezione del legato di precipuo, si avrebbe la conseguenza che il precipiente onerato fedecomissariamente della restituzione della sua quota non dovrebbe imputare nella quarta pegasiana veruna parte della *praepceptio* a che viceversa la *praepceptio* si dovrebbe integralmente computare nel cumulo dei legati, per statuire l'entità della falcidia. A tali risultati arriva logicamente il Bernstein; ma non corrobora opportunamente così gravi asserzioni.

Egli si appoggia specialmente sul fr. 86 D. 35, 2:

Titia testamento suo Titium fratrem suum ex parte tertia heredem instituit fideique eius commisit, ut hereditatem, re-

tenta parte quarta, Secundae et Proculae restituat. eadem fratri quaedam praedia praelegavit: quaero, an Titius ea quae praelegata sunt etiam pro ea parte hereditatis, quam rogatus est ut restitueret, restituere, an integra retinere debeat. *respondi Titium legata integra retinere debere, sed in partem quartam imputari debere duodecimam partem praediorum. sed si non esset adiectum ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere, quoniam contra sententiam matrisfamiliae lex Falcidia induceretur.*

Corre per le scuole e pei libri un'interpretazione di questo frammento, che ha per suo precipuo sostenitore il Cuiacio e che a me pare tuttavia sicura. Se Tizio deve restituire la sua quota ereditaria, trattenendone la quarta parte (ossia $\frac{1}{12}$ dell'eredità intera), deve imputare nel suo quadrante un dodicesimo dei fondi prelegati. Giacchè, sebbene a rigore egli dovrebbe imputare la terza parte, pure pel fatto che sostanzialmente la testatrice ha voluto considerarlo erede per un dodicesimo, a tanto si riduce la porzione di prelegato che è tenuto a imputare nel quadrante. Ma se la testatrice non gli ha riserbato la quarta, allora non ci ha alcuna ragione di limitare l'effetto ordinario e naturale del concorso di tali figure giuridiche; bisognerà computare tutta la terza parte dei fondi prelegati nel quadrante.

Una tale esegesi spiega bene il passo e presuppone (nonchè contraddirla) la comune dottrina del prelegato.

Essa regge sul supposto che in qualche caso non si abbia a tener conto per ragione di equità del caducarsi di una porzione di legato pel concorrere della qualità di erede, quando l'eredità stessa non rimane all'onorato. Un esempio analogo e degnissimo di nota parmi trovare nel fr. 18 § 2 D. 34, 9: Un erede " pro parte institutus „ è onorato di un legatum praedii, mentre " hereditatem non capienti restituendi tacitum ministerium suscepit „ Egli diventa erede, benchè a titolo di pena la quota ereditaria gli venga strappata. Papiniano conchiude: " quanquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro herede possideret, tamen ei praedium integrum esse relinquendum respondi. „ — È il medesimo motivo, per cui l'heres suus, che si astiene, può domandare integralmente il prelegato.

Ciò non si fa nel caso, in cui la quarta falcidia di una quota ereditaria restituenda si trattiene contro la volontà del testatore; poichè qui, dove già si concede all'onorato un beneficio che il testatore non gli ha voluto attribuire, il rispetto alla volontà del testatore consiglia di non applicare quel temperamento. Ma dove la quarta è dallo stesso testatore concessa, non può negarsi che ridurre alla stregua di questa la misura degli effetti della caducità del prelegato sia un provvedimento equo e opportuno.

Il Bernstein dà naturalmente del passo un'interpretazione affatto diversa.

Egli si arresta ed insiste sulle parole " Titium legata integra retinere debere. „ Ma da queste parole non discende in alcun modo il riconoscimento della validità integrale del legato di precipuo. Il testo dice, che i legati si devono trattenere totalmente; che cioè sono esenti affatto dalla restituzione, poichè il testatore ha detto di restituire la *hereditas*. Non così se il testatore avesse in genere ordinato la restituzione della parte de' suoi beni che al fiduciario fosse toccata D. 36, 1, 3 § 4.

Ora secondo la dottrina comune del prelegato, nella specie il prelegato si trattiene dal fiduciario nella misura intera, in cui esso vale come legato; come legato dunque tutto si trattiene e il giurista s'esprime colla sua consueta esattezza. Che questa sia la vera intelligenza del testo, prova quanto segue " sed in partem ecc. „

Come si spiega colla nuova teoria questa disposizione, che nella comune dottrina è così chiara? Il B. osserva, che si tratta meramente di *imputare*; che con questo computo fittizio il dodicesimo dei fondi non diventa ereditario. Tale imputazione si fa poichè altrimenti un computo della falcidia, deductis praeceptionibus, diventerebbe facilmente illusorio.

Ma " imputare in partem quartam „ è appunto tecnico per indicare che un acquisto si considera avvenuto iure hereditario. In secondo luogo se l'escludere le praeceptiones dal computo della quarta può rendere illusoria l'applicazione della Falcidia, perchè non si applica sempre tale misura? E allora dove andrebbe il preteso significato del precipuo? Perchè, soprattutto, nel caso, in cui il testatore non ha concesso la quarta e ha così vo-

luto rendere minore il beneficio del fiduciario, questo viene a essere maggiore?

Dici: "viene ad essere maggiore"; poichè delle ultime parole "totum trientem praediorum legi falcidiae imputari oportere", dà il Bernstein una singolare interpretazione. Es e non vorrebbero già dire, come generalmente si crede, che tutto il terzo de' fondi prelegati si computa nella quarta; ma, al contrario, che si computa fra' legati.

Una tale interpretazione pare ben strana; non solo per le ragioni intrinseche, ma anche per la condotta stessa del frammento: "in partem quartam imputari oportere duodecimam partem praediorum; sed si non esset adiectum, ut pars quarta deduceretur, totum trientem praediorum legi Falcidiae imputari oportere." Chi può credere che "imputari oportere in partem quartam" abbia un significato diverso (e anzi opposto) del correlativo "imputari legi Falcidiae"? Perchè, in ogni caso, non avrebbe almeno il giurista detto "tota praedia legi falcidiae imputari oportere"?

Bisognerebbe che l'espressione "legi falcidiae imputare", fosse ben sicura e univoca per dare qualche conforto ad una così audace interpretazione. Ma tutt'altro! Nel fr. 76 D. 35, 2 si dice che la *cipio mortis causa* "non imputatur in Falcidia", e cioè non si computa nella quarta.

È vero che in qualche testo "imputare in falcidiam", "venire in computationem legis falcidiae", etc. si riferisce alla computazione fra' legati; ma ivi si tratta di casi, in cui non può cadere dubbio sul significato. Può anzi dirsi, che in quei testi solo si tratti, se debba o no farsi il computo per la falcidia. Ora tal computo dee farsi ogni volta, che siamo presenti a un legato. Ciò spiega certe ambiguità di espressioni, come p. e. nel fr. 81 pr. h. t., ove Gaio insegna che "ususfructus legatus venit in computationem legis falcidiae", [e cioè si tien calcolo per la falcidia anco di un legato di usufrutto] in confronto del fr. 60 pr. ibid., dove si dice, che "in computationem legis falcidiae non venit", quantò legatorum nomina obvenit e cioè con manifesta relazione alla quarta.

Che nel caso nostro quest'unica relazione possa ammettersi

provano luminosamente: a) l'esplicita menzione precedente della quarta; b) la menzione del "triente", dei predii anzichè dei predii interi; c) la stranezza del risultato, che altrimenti si avrebbe. L'unico testo dunque, che s'è creduto di addurre per quelle pretese conseguenze del legato di precipuo, si riferisce invece a un prelegato come noi l'intendiamo, e non si spiega che colla dottrina di esso, e così raccogliamo una novella prova del vero significato di "praelegare", presso i giuristi romani.

Se il precipuo si acquista integralmente a titolo di legato, nè ha luogo parziale caducità proporzionale alla quota di restituzione, nel caso di più prelegatarii congiunti, cessa il motivo per cui ciascuno di questi abbia ad avere una porzione maggiore o minore secondo che minore o maggiore sia la sua quota di istituzione. Anche questo è affermato dal Bernstein, il quale arriva anzi a dubitare che nel caso di legato di precipuo lasciato a più onorati *coniunctim* avesse luogo in genere *ius adcrescendi*, quando l'acquisto da parte di alcuno fra essi non si avverasse.

Il Bernstein prende le mosse da Gaio 2, 223: "sive tamen heredibus secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis secundum illorum opinionem duobus pluribusve eadem res coniunctim aut disiunctim legata fuerit, singuli partes habere debent."

Le "partes", osserva egli, devono qui assumersi *uguali*. Ora ciò non è secondo la dottrina comune, la quale ammette che le parti che effettivamente si acquistano ai singoli onorati sieno diverse, se diverse sono le rispettive quote di istituzione. Non può, soggiunge egli, da un lettore spregiudicato intendersi il passo gaiano in altro senso di quello, che a ciascun precipiente compete ugual porzione del precipuo.

Ma qui vanno osservate più cose. Anzitutto Gaio nelle sue Istituzioni evita affatto la difficile dottrina del prelegato, cui riserva ad una trattazione meno elementare; si comprenderebbe pertanto, com'egli siasi accontentato di porre qui il principio fondamentale e verissimo, comune al caso in cui i precipienti sieno eredi e a quello in cui sieno estranei, che cioè ciascuno ha diritto a una porzione virile, dal momento che le eventuali deficienze e i correlativi accrescimenti non derivano che dalla reazione del titolo ereditario. A me, ripeto, una simile spiegazione non sembra

inadeguata, dato il proposito dell' autore. — Ma non è pur necessaria. Come prova il confronto del § 199, del § 205 e del § 215 lo scopo precipuo di Gaio (il quale del *ius adcrendi* non si occupa che incidentalmente) era di indagare, se vi era differenza di trattamento fra il caso di più collegatari congiunti e quello di più collegatari disgiunti. Come è nota, tale differenza esisteva per unanime consenso nell' ipotesi di un legato per *damnationem*, dove ciascuno dei collegatari nominati in separata orazione aveva diritto all' intero oggetto o in natura o nell' equivalente pecuniario, mentre i collegatari nominati in congiunta orazione avevano solo diritto a “ partes „; differenza vi era pure pel legato *sinendi modo*, benchè questa differenza venisse in diverso modo stabilita dagli autori.

Ciò che quindi preme è di stabilire se ciascuno può chiedere “ *solidum* „ o se solo “ *singulis partes debentur* „ e acconciamente Gaio insegna, che “ si — *duobus pluribusve eadem res coniunctim aut disiunctim legata fuerit, singuli partes habere debent.* „

Insistere su ciò, che “ partes „ non può significare che “ parti virili „ non è giustificato; benchè, se anco tale fosse stato il concetto dell' autore, si potrebbe benissimo spiegare, come si è visto. Nel § 199 si dice “ si *duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive coniunctim sive disiunctim et omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere;* „ ma nulla dice che si tratti di parti uguali, se p. e. il testatore lega il fondo corneliano a Primo e Secondo insieme e poi, separatamente, a Terzo; ⁽¹⁾ sempre è vero, che ciascuno non ha diritto che ad una “ parte „ e non può — finchè gli altri vengono al legato — pretendere *solidum*.

Nè osta in verun modo alla nostra dottrina (anzi la conferma) il fr. 2 pr. D. 33, 7 da noi già esaminato, che pur viene addotto dal Bernstein:

Cum pater pluribus filiis heredibus scriptis duobus praeceptionem bonorum aviae praeter partes hereditarias dedisset, pro

(1) La questione è dibattuta. Io dico solo, che dal passo di Gaio nulla si può arguire in proposito.

partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit.

I singoli collegatarii hanno diritto di chiedere ai coeredi parti uguali correlativamente alla quota di essi e ciò è verissimo anche per la comune dottrina del prelegato. Papiniano vuole appunto escludere il dubbio che le porzioni di prelegato devano commisurarsi a quelle della quota di istituzione dei prelegatarii: dubbio che non sarebbe stato del tutto irragionevole (cf. p. e. il fr. 23 D. 36, 1). Del resto, come già dicemmo a suo luogo, Papiniano limita l'uguaglianza alle porzioni che i precipienti domandano ai coeredi; per quelle relative alle rispettive quote di istituzione si presuppone senz'altro l'applicazione delle regole del prelegato: ossia deficienza e conseguente accrescimento.

Il Bernstein arreca qui anche il fr. 67 § 1 D. 30:

si ex pluribus heredibus ex disparibus partibus institutis duobus eadem res legata sit, heredes non pro hereditaria portione sed pro virili id legatum habere debent.

Il passo è inteso a dirimere lo stesso dubbio, cui dirime Papiniano ⁽¹⁾. Nulla dice poi che si trattasse di un legato di precipuo; voglio dire, secondo le idee di chi tale legato ammette.

Si dirà che forse fu ommesso qualche cosa dai compilatori, che accennasse al medesimo; non potrebbe più facilmente suporsi, che i compilatori abbiano levate p. e. le parole "per damnationem", nel qual caso il testo si chiarirebbe facilmente?

Che poi in genere nel supposto legato di precipuo non avesse luogo verun accrescimento, è cosa inconciliabile col fatto riconosciuto pure dal Bernstein, che i singoli collegatarii acquistano per *concursum* il dominio di parte della cosa legata; che in ogni caso essi acquistano il loro diritto immediatamente e direttamente, che i proculiani consideravano applicabile il legatum praeceptionis agli estranei come ordinario legato di proprietà. — Il chiaro giurista tedesco si fonda sul fr. 88 § 3 D. 31:

"quisquis mihi heres heredesve erunt, hoc amplius Lucius Eutychus, quam quod cum heredem institui, e media hereditate sumito sibi que habeto una cum Pamphilo, quem liberum esse iubeo, instrumentum tabernae ferrariae, ita ut negotium e-

(1) Cf. i miei *legati* p. 219.

xerceatis. „ Lucius Eutychus viva testatrice decessit, pars hereditatis eius ad coheredem pertinuit; quaero, an Pamphilus eodem testamento manumissus ad petitionem *partis instrumenti* admittere possit, licet taberna, ut voluit testatrix, exerceri non possit: respondi admittere.

Qui è tanto più difficile seguire il Bernstein, in quanto che la formula „ *sumito sibi que habeto* „ crea per diritto romano il legato *per vindicationem* e le parole „ e media hereditate „ non possono (ciò contrasterebbe con tutto lo spirito del formalismo romano) modificarne in questo senso l'efficacia. È singolare come all'acuto sguardo del romanista berlinese sia sfuggita la vera ragione della decisione. Il legato fatto a un servo manomesso nel testamento *cedit ab adita hereditate*. Da parte di Eutico il legato s'è reso deficiente prima della morte della testatrice e questa parte (non essendovi in quel tempo chi potesse acquistare un diritto al legato) è rimasta nella eredità, come integrante di essa. L'erede, adendo l'eredità, non ha trovato su di essa alcun diritto anteriore e il diritto di accrescimento non ha potuto esplicarsi.

Finalmente sostiene il B., che rispetto alla Falcidia il legato di precipuo fosse privilegiato nel senso, che la quarta dovesse dedursi a spese degli altri legati e, solo ove questi non bastassero, a spese delle *praeceptiones*. — Ciò è in coerenza colla sua dottrina, che il precipuo debba anzitutto dedursi dalla massa ereditaria.

Testi in proposito non ci sono. È chiaro che noi, che non accettiamo le premesse, non possiamo accettare le conclusioni. Nulla osta che a proposito di un prelegato (come a proposito di qualsiasi altro legato) il testatore dia a conoscere la sua intenzione che esso sia risparmiato dalla falcidia a spese degli altri legati; ma ove tale intenzione non si manifesti, esso deve andare soggetto al trattamento comune.

C. FERRINI

Nota

al § 10. Instit *De hered. inst.* (II. 14.)

Il testo del citato § è il seguente: “ *Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur.* „ *Edit. Berolin. 1877. Recognov. P. Krueger.* Altre edizioni hanno le varianti di *vel* invece di *nec non in*; di *habeatur* invece di *habetur*; e di *pro non scripta* invece di *pro non scripto*: ma sono, come si vede, varianti di poca importanza. *Ed. SCHRADER Berol. 1832. pag. 325. Ed. Lipsiæ. 1861. A. et, D. fratr. Kriegelii. CUIAC. Notae et Scholia in Lib. II. Inst. Vol. II. Colon. 874. Ed. Prato.*

Il significato del § surriferito è di determinare rigorosamente quattro soli casi, nei quali vale la regola di ritenere come non scritta una condizione impossibile. Peraltro dalla glossa e dai più vecchi commentatori ed espositori delle Istituzioni romane; ponete l'Aldobrandino, il Balduino, il Tuldeno, l'Oinotomo, il Fabro, l'Harprecht, il Bachovio, il Kees, il Vinnio, e tanti altri, fino ai più recenti; ponete il Puchta, l'Ortolan, il Demangeat, il Van Wetter, il Maynz, il May, il Doveri, il Serafini, ed altri molti, nessuno ha dato un tal valore al passo citato delle Istituzioni, e quindi alla massima cui si riferisce: giudicandosi invece che la indicazione dei quattro casi non sia rigorosa, e che, in cambio di escludere ogni altra disposizione testamentaria fuori di quelle dei quattro casi, mantenga per vera e assoluta la regola che la condizione impos-

sibile nei contratti gli annulla; nelle disposizioni di ultima volontà si ha per non scritta. In tal guisa tutti la riportano. DONELLO, *De jure civ. Vol. II. Colon. 176. Vol. XI. Colon. 586.* COCCEJO, *Ius civ. contro. Lib. II. Tit. 1. Qu. 44.* SAVIGNY, *Sist. Vol. III. § CXXII. e § CCXXI.* PUCHTA, *Istit. § CCIV.* WINDSCHEID, *Dir. delle Pand. Vol. I. § 87. 94. Trad. ital.* ARNDTS, *Pand. Vol. I. § 72.* SERAFINI, *Istit. Vol. I. § 27. Pag. 143. Cod. civ. ital. Art. 849, e Art. 1160.*

Se non che una regola generale siffatta e la distinzione assoluta, a proposito di essa, fra atti di ultima volontà ed obbligazioni, o trovasi espressa senza precisione, o non è vera.

Infatti se riflettiamo che in ordine alla *Leg. 120 De verb. signif.* (L. 16) il testamento può contenere l'*heredis institutio*, la *substitutio*, l'*exhereditatio*, la *cretio*, il *legatum*, la *tutoris datio*, e la *manumissio*, possiamo facilmente conchiudere che alla *tutoris datio* non è applicabile la massima del citato § 10 e che non per tutte le disposizioni testamentarie riesce vera la regola che la condizione impossibile si ha per non scritta. Di ciò ci assicurano nel diritto romano le osservazioni seguenti.

Il § 10 *De hered. instit.* delle Istituzioni, innanzi tutto, non ha forma di disposizione dimostrativa, ma tassativa: *Impossibilis condicio in institutionibus et legatis NEC NON in fideicommissis et libertatibus pro non scripta habetur.* Il NEC NON chiaramente assume tutti i casi che in ultimo erano da indicare, mostrando che altri non ne restano fuori. Quindi del valore tassativo della disposizione non è da dubitare.

La storia della regola in discorso, come viene accennata da Gaio, conferma poi l'avvertenza nostra, in quanto egli ci fa sapere che nacque su questo punto una questione fra le scuole. La questione però non riguardò che i legati. GAIO, *Comm. III. 98.* E Paolo, esso pure, non trattò che della istituzione dell'erede; giacchè, non nel titolo *De testamentis*, ma in quello *De institutione hered.* dice "*Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius momenti sunt.*" „ E poco prima aveva detto: *altera (condicio) impossibilis submovetur.* PAUL. *Sent. III. 4. B. § 2.* Le quali parole trovansi ancora nella *Consultatio. IV. 8.* Nè discorda la Parafrasi greca; nella quale non si

legge alcuna spiegazione o generalizzazione delle parole del § 10. *De hered. inst.* ma la semplice ripetizione ed enumerazione precisa delle medesime.

Tutto questo ha certamente valore per la interpretazione letterale e rigorosa del detto passo. Ciò non ostante, potrà dirsi, come per tanto tempo si è detto, che essa interpretazione deve essere non rigorosa, ma ampia per adattare il passo medesimo alla regola generale dei *latiores libri digestorum*? A questo riguardo sono da citare la *leg. 1. 8. § 4. 5 e leg. 14. 16. De condic. instit.* (XXVIII. 7.) la *leg. 16 De iniust. rupt. etc.* (XXVIII. 3.) le *leg. 64 e 104. § 1. De leg. I.* la *leg. 5 § 4. Quando dies legator.* (XXXVI. 2.) la *leg. 39 De manumiss. testam.* (XL. 4.) la *leg. un. Cod. De his quae poen. nomine* (VI. 41.) la *leg. 6. Cod. De condic. insertis tam legatis, quam fideicom. et libertat.* (VI. 46.) Ebbene dopo aver citate tutte queste leggi, vuolsi osservare che in quasi tutte non si tratta che di legati, istituzione di erede, fedecommessi, e libertà; come nel nostro § 10. È solamente nelle *leg. 3. 6. De condic. etc. quae in testamento scribuntur* (XXXV. 1.) e nella *leg. 45. De hered. instit.* (XXVIII. 5.) che per la regola, di cui discutiamo, si adopera in genere la parola *testamentum*.

Sopra a queste occorre però di avvertire, quanto alla *leg. 6 De condic.* e alla *leg. 45 De hered. instit.* ora citate, che ambedue si riferiscono ad esempi d'istituzione di erede. Vero è che vi si dice: *quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet*; ma tale generalità dipende, ed è determinata dall'esempio preposto, ed anche dalla indole delle ordinarie disposizioni, che formano l'oggetto precipuo dei testamenti. Il che deve dirsi inoltre per intendere la *leg. 3 cit. De condic.* (XXXV. 1.) che è la più esplicita di tutte " *Obtinuit impossibiles condiciones testamento adscriptas pro nullis habendas* „ parole colle quali (osserva il Cuiacio) volle Ulpiano significare il vincere di una opinione dopo lungo disputare: *post multas controversias*. Vedasi il CUIAC. in *tit. De oblig. et act.* (XLIV. 7.) e *ad Lib. Dig. XXXV. 1. Opere. Ed. Prato. Vol. VI. Colon. 602. 1391. Vol. III. Colon. 506*. Le controversie poi non furono, come ci è noto, che sui legati e sulla istituzione di erede. Quindi può da capo osservarsi che in ordine a questa *leg. 3. De*

condic. et demonstrat. la frase *testamento adscriptas* non si riferisce che ai lasciti veri e propri, che sono la parte ordinaria e precipua dei testamenti, ma non comprende le altre disposizioni, come la *datio tutoris*, le quali eventualmente vi possono essere, o no, e che non sono beneficenze, o emolumenti vantaggiosi ai nominati nel testamento.

Vi è di più. Non è nuovo che i compilatori abbiano profittato delle Istituzioni per accennare a qualche modificazione od eccezione di regole poste sotto forma generale nelle Pandette; non già in modo da far nascere contradizioni, ma da fare esistere ambedue le massime giuridiche, e da conseguir questo che la massima delle Istituzioni chiarisca e compia quella delle Pandette. Vedasi la *Constit. Tanta. De confirmat. Dig. § 11. 23*. Gli esempi di ciò sono molti. Basti il ricordare il trattato delle adozioni, le obbligazioni letterali, e il principio rigoroso della istituzione di erede da porsi prima di ogni altra disposizione nel testamento. Quel principio è generale nelle Pandette. *Leg. 1. De hered. instit. (XXVIII 5.) Leg. 2 § 4 De vulg. et pupill. subst. (XXVIII. 6.)* Pur tuttavia incontra la sua eccezione nelle Istituzioni giustiniane § 3 *Inst. Qui testam. tut. (I. 14.) § 34. Inst. De legat (II. 26)* che deve naturalmente riportarsi alla regola generale dei Digesti.

Non sembra adunque possa dubitarsi del nostro asserto. Per il quale, in primo luogo, *la regola assoluta romana* che le condizioni impossibili annullano la obbligazione cui sono aggiunte, e si hanno per non scritte nei testamenti, deve essere resa più precisa, e formulata nel seguente modo: *le condizioni impossibili apposte alla istituzione dell'erede, ai legati, ai fedecommessi, e alle manomissioni o libertà lasciate, si hanno per non scritte: in tutti gli altri casi di testamento o di contratto annullano la disposizione cui sono addette.*

In secondo luogo la *datio tutoris*, la quale, se è testamentaria, può sottoporsi a condizione o a termine, *Leg. 8 § 2. 3. De testam. tutor. (XXVI. 2.) Leg. 11 pr. eodem. § 3 Instit. Qui testam. tutor dari (I. 14.)*, quando le condizioni che vi sono state apposte appariscono impossibili, resta del tutto annullata.

Nè che tal differenza sia posta fra la disposizione testamentaria in discorso, e le altre, deve far meraviglia; dappoichè sono

parecchie le differenze che corrono fra la *datio tutoris testamentaria*, i legati, le istituzioni di erede etc. Anzi tali differenze e i riguardi speciali che si sono avuti alla *datio tutoris testamentaria*, in confronto degli altri lasciti, uno dei più sicuri è argomenti per ritenere che essa avvertitamente fu passata sotto silenzio nella enumerazione precisa del § 10 *Inst. De hered. inst.* (II. 14.)

Ecco alcuni esempi delle differenze preindicate, risultanti da regole positive di diritto. Come abbiamo già notato in questo medesimo scritto i testamenti romani dovevano incominciare dalla nomina dell'erede; e si avea per nulla ogni disposizione precedente. Ciò non accadeva per la *datio tutoris*. Il che espressamente si legge nel § 3 *Instit. Qui testam. etc.* (I. 14.) Anco il *legatum poenae nomine* non si applica in verun modo al nostro istituto: *De tutore vero nihil possumus quaerere, quia non potest datione tutoris heres compelli quidquam facere aut non facere, ideoque nec datur poenae nomine tutor.* GAIO II. 237. Inoltre in un altro luogo, vale a dire nel § 27 *De legat.* (II. 20) i compilatori, dopo aver trattato delle riforme introdotte quanto ai postumi, e della nuova costituzione giustiniana, aggiungono: *Tutor autem nec per constitutionem incertus dari debet, quia certo iudicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere.* GAIO II 240. 289. Finalmente, per tacere di altre differenze, che potrebbero essere qui descritte, avvertiamo che la *leg. 8 Cod. De testam. tutel.* (V. 28.) offre un altro argomento. Con essa Teodosio e Valentiniano stabilirono: *Tutores etiam græcis verbis licet in testamentis relinquere; ut ita tutores dati videantur ac si legitimis verbis eos testator dedisset.*

Non vi è dunque, come dicemmo, da meravigliarsi; anzi dobbiamo ammettere come vero e necessario che i romani abbiano eccettuato dalla regola delle condizioni impossibili nei testamenti la *datio tutoris*, limitando la regola stessa nella guisa che dimostra il § 10 *Instit. De hered. inst.* (II. 14.)

Note Minime

sulle condizioni impossibili nei testamenti

1. Nomina del tutore sotto condizione impossibile o illecita — 2. *Ademptio* e *translatio legati* sotto condizione impossibile o illecita — 3. Lasciti *poenae causa* e lasciati sotto condizione impossibile o illecita. — 4. Diseredazione.

L'illustre Prof. Francesco Buonamici nella *Nota* precedente ha posto in luce, che non conviene prendere troppo alla lettera il principio *impossibiles condiciones testamento adscriptae pro nullis habendas* (l. 3 D. de cond. et dem. 35,1) o *pro non scriptis esse* (l. 6. §. 1 D. eod.), e che è necessario attenersi alla tassativa enumerazione, che si legge nel §. 10 Inst. de her. inst. 2, 14.

Ora io vorrei fare solo poche aggiunte, a guisa di corollari, a tale importante osservazione.

1). Riguardo alla nomina del tutore è da ricordare, che praticamente l'apposizione di una condizione impossibile non doveva aver grande importanza, quando la volontà del testatore risultasse abbastanza seria; perchè, se anche la disposizione non aveva diretta efficacia, il magistrato poteva confermarla (arg. l. 1. §. 1, l. 3, l. 8, l. 10 D. de conf. tut. 26, 3; l. 28. §. 1 D. de test. tut. 26, 2; l. 2 C. de conf. tut. 5, 29 etc.)

2). Parmi evidente che la regola, che stabilisce la nullità delle condizioni impossibili scritte nei testamenti, non potesse applicarsi alla *ademptio legati*. Sarebbe strano infatti che un legato valido perdesse valore per una disposizione in sè stessa logica-

mente inefficace, perchè una parte di tale disposizione si dovesse considerare come non scritta in base ad una regola di giurisprudenza. E d'altra parte, per persuadersi che siffatta *ademptio* sotto condizione impossibile non deve toglier forza al legato, basta ricorrere alla regola *legatum cum sub condicione adimitur perinde est ac si sub contraria condicione datum fuisset* (l. 10 pr., l. 14 D. de adim. leg. 34, 4; l. 68. §. 2 de legat. I [30]; l. 107 i. f. D. de cond. et dem. 35, 1; l. 6 pr. quando dies legat. 36, 2), secondo la quale l'adenzione sotto condizione impossibile equivale a lascito sotto condizione necessaria, chè tale è la condizione contraria alla impossibile; il lascito dunque è perfettamente valido.

Qualche dubbio può presentare il caso della *translatio legati* sotto condizione impossibile. Ma, poichè la *translatio* contiene una *ademptio* (l. 5, l. 7, l. 20 D. de adim. leg. 34, 4; l. 34. D. de legat. I [30]; Inst. 2, 21 i. f.) ed è a questa subordinata, e poichè l'*ademptio*, come abbiamo dimostrato, è nulla, dobbiamo dire che anche la *translatio* è nulla.

3). Finalmente per l'applicazione della regola è utile ricordare com'essa s'intrecci con le regole relative ai lasciti *poenae nomine*.

Fu già più volte osservato ¹⁾, ma non sempre correttamente, che Giustiniano, rendendo di regola efficaci i legati penali, espressamente stabili che la pena non fosse dovuta, se l'atto o fatto imposto all'onerato fosse impossibile, illecito o disonesto, sicchè in tal caso tutta la disposizione si doveva ritenere nulla (Inst. § 36 de legat. 2, 20, l. un. §. 1 C. de his quae poenae nom. 6, 41). Ciò peraltro ha relazione piuttosto con la teoria delle condizioni necessarie.

Ma nel diritto anteriore, quando tutti i lasciti *poenae nomine* erano invalidi (Gai. 2, 235. 243. 288; Ulp. 24, 17; 25, 13; Inst. Inst. loc. cit.), doveva certamente ritenersi nulla ogni disposizione, nella quale si potesse riconoscere tale carattere (l. 2 D.

¹⁾ Confr. per esempio SAVIGNY *System* III. § 122 note *h. i.*, pag. 175. 176 (pag. 234 235 della mia traduzione italiana), ARNDTS *Civilistische Schriften* I pag. 24, 26, BUFNOIR *Théorie de la condition* pag. 50 nota 1 e pag. 195, FERRINI *Teoria generale dei legati* pag. 331.

de his quae poenae nom. 34, 6,) anche quando rivestisse la forma di condizione impossibile o illecita. Infatti sarebbe stato assurdo il convalidare un lascito *poenae nomine*, fingendo che non fosse scritta la condizione, ond'esso dipendeva, perchè questa era impossibile o illecita. Un modo così grossolano d'intendere il *pro non scripto haberi* non sarebbe stato ammesso dai giureconsulti, che ben seppero escluderlo in altri casi (confr. p. es. Papiniano in l. 74 e l. 100 D. de cond. et dem. 35, 1).

4). Riguardo alla diseredazione sotto condizione impossibile o illecita, parmi non possa seriamente dubitarsi; essa è nulla per le ragioni già più sopra toccate, tanto più che è in generale considerata sfavorevolmente dal diritto (l. 19 D. de lib. et post. 28, 2). La diseredazione del figlio sotto condizione è nulla (l. 3. §. 1 D. de lib. et post. 28, 2); e sarebbe strano che la condizione impossibile o illecita non producesse tale nullità, perchè si dovesse considerare non scritta, mentre, com'è noto (l. 15 D. de cond. inst. 28, 7), essa annullava la stessa istituzione del figlio *suus*. Nè pare che la maggior facilità ammessa per gli altri *sui* possa arrivare fino a farci riconoscere la validità della diseredazione di essi sotto condizione impossibile o illecita.

Ognun vede pertanto che il campo di applicazione della regola da noi studiata era molto più ristretto che non si creda comunemente; e nel suo vero campo la regola stessa apparisce molto più ragionevole. Io credo pure che le osservazioni fatte pel diritto romano possano per interpretazione valere anche sotto l'impero di quelle moderne legislazioni, che, come la nostra (Cod. civ. art. 849), hanno formulato la regola in modo troppo lato.

VITTORIO SCIALOIA

Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio e della scuola di Roma.

SOMMARIO. — 1. Introduzione. — 2. Il *formularium tabellionum*. — 3. Ipotesi di Fitting intorno alla vita ed alle opere di Irnerio. — 4. Le *Questiones* e lo scritto *de aequitate*. — 5. La scuola di Roma all'epoca di Giustiniano. — 6. Come si sia giunti ad ammettere la durata della scuola di Roma durante tutto il primo medio evo. — 7. Il racconto di Odofredo. — 8. La scuola di Roma scomparve probabilmente all'epoca delle invasioni longobarde. — 9-10. Esame degli scritti attribuiti alla scuola di Roma: le formole processuali: le *regulae* attribuite a Geminiano. — 11. Le *Questiones*, nelle quali sono usate tutte le parti del *Corpus iuris*, non possono essere state scritte a Roma nel 1082, e tanto meno da Irnerio. — 12. Nelle *Questiones* e nella *Summa Codicis* non venne usata nessuna fonte antegiustiniana. — 13. Altri pretesi indizi di alta antichità delle *Questiones*. — 14. Probabile data delle *Questiones* e dello scritto *de aequitate*. — 15. La *Summa Codicis*. Rapporti colla *Summa* di Rogerio e quella di Placentino. — 16. Ipotesi sull'autore della *Summa Codicis*. Si combatte specialmente l'attribuzione ad Irnerio. — 17. Il frammento *de natura actionum*. — 18. La *Summa Institutionum*. — 19. Le aggiunte del ms. di Vienna. Probabile età della *Summa*. — 20. La *Summa legis Longobardorum*. — 21. Il nome di Irnerio e le sigle *y. yr.* — 22. L'edizione della *Summa Codicis*.

1. La fama di Irnerio, fino a pochi anni or sono, poggiava quasi esclusivamente sulle grandi lodi, che gli danno gli scrittori antichi, e sul fatto, che al suo nome si connette l'origine della scuola di Bologna.

Ora ciò non è più intieramente vero, dopochè il Pescatore ¹⁾ dallo studio di ben piccola parte delle glosse Irneriane si credette autorizzato ad affermare, che le nozioni giuridiche possedute da Irnerio formarono la base e la massa principale della scienza del diritto per tutta l'epoca dei Glossatori, e dopochè il Landsberg, ²⁾ il quale aveva dapprima ritenuto impossibile ricostruire la personalità scientifica d'Irnerio, dovette confessare la sorpresa e lo stupore da lui provato, quando lo studio dei mss. gli fece intravedere in tutta la sua grandezza l'opera geniale del giureconsulto bolognese e dei suoi primi discepoli, mostrandogli nel tempo stesso come la glossa Accursiana e le fonti finora stampate non diano materiali sufficienti per la storia dogmatica del diritto.

Ma pur sapendo che un ricco materiale, quasi inesplorato, attende di essere messo in luce dall'opera intelligente e, diciamolo pure, dall'abnegazione degli studiosi, non possiamo certo sperare che ciò avvenga in tempo anche relativamente breve, tante sono le difficoltà, che si frapporrebbero alla colossale impresa di un'edizione completa delle glosse preaccursiane.

Sarebbe quindi, anche per ciò, grandissima fortuna la scoperta di opere sistematiche di Irnerio, le quali ci dessero il suo pensiero, non frammentariamente come le glosse, ma in tutte le sue parti, chiaro e completo.

Una di tali opere si credette veramente già di poter attribuire ad Irnerio, cioè il così detto *Brachylogus* ³⁾; ma l'ipotesi venne giustamente abbandonata da tutti.

Così pure gli studiosi si mostrarono piuttosto scettici ⁴⁾ per quanto riguarda il *Formularium tabellionum*, pubblicato da Palmieri come opera d'Irnerio appena leggermente modificata.

Ma ad Irnerio vengono ora attribuiti parecchi scritti ben più importanti del *Formularium*, e che ce lo presenterebbero in una luce affatto nuova.

1) *Die Glossen des Irnerius*, 1888, pag. 21.

2) In *Zeitschr. der Sav. Stift. für RG.* R. A. IX, p. 415. Si veda però, in senso piuttosto contrario ad Irnerio, TAMASSIA, *Odofredo*, 1894, pag. 94 e segg.

3) Specialmente da BETHMANN HOLLWEG, *Civilprozess*, V, 1873, pag. 326.

4) L'osservazione è dello stesso Palmieri, *Appunti e documenti per la storia dei glossatori*, I, 1892, p. XXVI. Si veda ancora per es. TAMASSIA, *Odofredo*, pag. 131 n. 4: SCHUPFER, *Storia del dir. ital.* 2^a ediz., 1895, p. 173.

Infatti il Fitting, nelle sue due ultime pubblicazioni ¹⁾, attribuisce ad Irnerio le seguenti opere:

1.º le *Questiones de iuris subtilitatibus*, in forma di dialogo, scritte a Roma verso il 1082.

2.º un breve scritto *de aequitate* unito nei mss. all'opera precedente e di poco posteriore ad essa.

3.º la *Summa Codicis*, già attribuita ad Ugo, e che sarebbe stata scritta in Bologna forse prima del 1090. ²⁾

4.º una *Summa* alle Istituzioni, di data posteriore, che sarà pubblicata da Palmieri.

5.º parte di un trattato *de natura actionum*, parimenti posteriore alla *Summa Codicis*, e già pubblicato dal Fitting nei suoi *Juristische Schriften*, p. 134-136, come frammento di un lavoro dell'epoca antegustiniana.

6.º infine, secondo ogni probabilità, anche la *Summa legis longobardorum* edita dall'Anschütz nel 1870.

I tre primi scritti vennero pubblicati, colla solita diligenza, dal Fitting stesso.

Per quanto io desidero con tutta sincerità, che le ipotesi del Fitting possano essere ampiamente dimostrate da nuovi studi e da nuove scoperte, non posso trattenermi dall'espore in proposito il mio modesto parere. Le affermazioni del Fitting, in sè e per le conseguenze, che se ne dovrebbero trarre, sono di tale importanza, ed interessano talmente alcuni dei problemi fondamentali della storia del diritto italiano, che chiunque coltivi questa scienza, non può indugiare a sottoporle a rigoroso esame e cercare

1) *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894: *Questiones de iuris subtilitatibus des Irnerius*, Berlin. 1894. Annunzi e recensioni, in massima favorevoli, si possono vedere di BRUGI, nell'*Archivio Giuridico*, DEL VECCHIO nell'*Archivio storico italiano*, PALMIERI nella *Gazzetta dell'Emilia* 8 Ottobre 1894, BLONDEL nella *Nouv. Revue histor.*, LUSCHIN v. EBENGREUTH, nelle *Mittheilungen* dell'Istituto austriaco, e di altri altrove. In massima favorevolissimo è pure lo studio di Chiappelli, *Irnerio secondo la nuova critica storica*, in *Riv. stor. italiana*, XI. 1894, p. 607-628. Invece si è pronunciato recisamente contro le nuove ipotesi lo Schupfer, nella *Storia del dir. ital.*, 2ª ed. p. 166 e segg., e nella *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, vol. XVIII. Le ipotesi sostenute dallo Schupfer, che mi onoro aver avuto a maestro, sono però in gran parte diverse dalle mie. I lavori del Chiappelli e dello Schupfer mi giunsero, quando il presente studio era in massima parte compiuto.

2) V. in seguito pag. 46 n. 6.

così di formarsi una convinzione propria. Ora l'esame delle opere sopra enumerate mi ha condotto a risultati completamente opposti a quelli del Fitting, del quale pure apprezzo, quanto chichessa, la dottrina e l'acutezza. Giudichino dunque gli studiosi, ai quali confido che il mio lavoro non debba ad ogni modo riuscire affatto inutile.

2. Poichè se ne offre l'occasione, prima di entrare a discutere le nuove ipotesi del Fitting, premettiamo alcune osservazioni sul formulario pubblicato dal Palmieri. Alla seconda edizione di questo formulario ¹⁾ il Palmieri fa precedere un'importante prefazione, nella quale dimostra ad evidenza, come appunto all'epoca d'Irnerio gli strumenti notarili incomincino ad essere redatti secondo le formole, che si trovano nel Formulario da lui pubblicato, e come questo sia probabilmente la recensione toscana di un Formulario bolognese. Questa recensione toscana, e precisamente Pratese, dovrebbe porsi a suo avviso fra gli anni 1200 e 1205 al più tardi. ²⁾ Inoltre il Palmieri crede che " la recensione bolognese, che ha servito di esemplare al formulario magliabecchiano, non fosse molto probabilmente che una copia del formulario di Irnerio glossato, nella qual copia alcuna delle glosse ritenute più importanti, come quelle che portavano gli ultimi risultati della scienza e della pratica, fosse stata intercalata nel testo ³⁾ „ Infatti, egli aggiunge altrove, " se anche il formulario nella sua primitiva forma deve attribuirsi ad Irnerio, molti altri giureconsulti debbono avervi lavorato durante il secolo XII ⁴⁾ „ e cerca quindi di determinare quali parti siano state aggiunte o modificate dopo l'epoca Irneriana. Le ultime modificazioni avvenute in

1) La prima edizione si trova nella *Bibl. Iuridica M. Aevi* I, 1888, pag. 199 e segg., la seconda negli *Appunti* già citati.

2) *Appunti*, p. XXXXIII... «così ritengo indiscutibile ciò che pure ho enunciato, che cioè la recensione bolognese sia per tempo anteriore alla toscana, e che le date del 1200, 1204 e 1205, che troviamo qua e là nel nostro testo, segnino tutto al più gli anni, in cui fu fatta la recensione toscana, o meglio la data del 1205 segni approssimativamente l'anno, in cui fu fatta la copia che ci rimane della recensione di Prato, che sarebbe anteriore al 1200.... »

3) *Appunti*, p. XCVII.

4) *Appunti*, p. XXXXIX

Bologna non sarebbero anteriori all'anno 1198, se veramente, come vuole il Palmieri ¹⁾, nel *dominus U.* ricordato nel Formulario deve ravvisarsi Uberto Visconti, che fu podestà di Bologna nel 1198 e nel 1204 e 1205.

Se però si ammette che il formulario bolognese fosse usato ancora a Bologna almeno nel 1198, e se si osserva d'altra parte, che esso servi direttamente od indirettamente di fonte ²⁾ per l'*Ars Notaria* di Rainerio da Perugia scritta verso l'anno 1214, vien fatto di chiedersi se proprio esso fosse opera di Irnerio o non piuttosto di altro giurista posteriore, e ciò tanto più perchè Rainerio dice apertamente ³⁾ di aver compilato la sua arte notarile compendiando *ex profusis formulariorum prolixitatibus nec non et ambiguis concordantiis*; e mostra così che parecchi formulari erano in uso al suo tempo, nei quali non potevano evidentemente mancare molte delle formole Irneriane. Chè se anche si accetta la ipotesi del Palmieri, esposta del resto da lui stesso con lodevole riserbo, resta sempre a vedersi se le aggiunte e modificazioni fatte per tutto il secolo XII all'antico Formulario Irneriano ed in seguito la recensione Pratese non lo abbiano profondamente trasformato. A questa ed alle altre questioni risponderà certamente il Palmieri nel lavoro di confronto del Formulario colle formole precedenti e coi formulari, che lo seguirono, lavoro da lungo tempo promesso, del quale speriamo prossima la pubblicazione.

Intanto mi siano ancora permesse alcune osservazioni. In una delle formole del quinto libro ⁴⁾ un *dominus Ferdinandus Seccobiensis electus* (del quale non posso⁵⁾ disgraziatamente determi-

1) *Appunti*, p. LIII.

2) Si confrontino per esempio le formole *De locationibus ad soccidas* e *de pactis murorum* in Rainerio (ed. GAUDENZI *Bibl. iurid. medii aevi* II, 59 e 61) colle corrispondenti del formulario magliabecchiano in PALMIERI, *Appunti*, p. 136 e 134. V. anche la prefazione pag. CXIV.

3) Ed. citata, proemio a pag. 27.

4) *Appunti*, p. 130.

5) Parrebbe che si tratti di un vescovo di Segovia (*Segobia*), ma nella serie dei vescovi di questa diocesi data dal Gams, *Series episcoporum*, p. 70, si trova un Ferdinando solo nel 1265.

nare l' epoca) insieme al suo tesoriere *Gondifalius* dà in pegno "tales libros suos scilicet Digestum novum et vetus et Codicem et Infortiatum et authenticum et Institutiones cum tribus partibus et Decreta et Decretales. „ Importante sarebbe qui il trovare le *tres partes* staccate ancora dall'*Infortiatum*¹⁾ ed unite invece, per quanto sembra, alle Istituzioni. Ma il non vedere citati i *tres libri* mi fa dubitare, che invece di *tribus partibus* s'abbia a leggere *tribus libris* nel qual caso i *tres libri* insieme alle Istituzioni ed all'autentico avrebbero formato il *Volumen*. Ma allora sorge un'altra difficoltà, perchè l'uso di unire autentico, Istituzioni e *tres libri* incomincia forse solo nel secolo decimoterzo²⁾ e diventa comune nel decimoquarto.

È anche importante il vedere, che si parla di *Decreta et Decretales*. Eguali nomi ricorrono nel formulario di Rainerio da Perugia: "suos libros legales scilicet Digestum vetus et novum; Codicem et Infortiatum et Decreta et Decretales....³⁾ „ ed evidentemente debbono riferirsi al decreto di Graziano⁴⁾ ed a qualcuna delle *compilationes antiquae* anteriori alle Decretali di Gregorio IX.

Anche questo dimostra, che la formola del ms. magliabechiano, nel suo stato presente, non può essere molto antica.

Del resto può nascere anche il dubbio che le date varianti dal 1200 al 1205, che si trovano nel formulario, indichino il tempo dell'ultima recensione bolognese, non quello della recensione

1) Cfr. il mio scritto « Sull'introduzione del Digesto a Bologna » ecc. nella *Rivista ital. per le scienze giuridiche*, XIV, 1832.

2) *Prodromus corporis iuris civilis* 1823. p. 71. Infatti nessuno dei mss. delle Istituzioni anteriori al secolo XIII (circa una ventina) contiene pure i *tres libri*.

3) *Bibl. iurid. M. Aevi*, II, p. 63 n. XXX.

4) Per il decreto di Graziano, accanto al titolo autentico di *Concordia discordantium canonum*, vediamo subito usato il nome di *decreta*, che si cambia poi in *decretum* a partire dalla fine del secolo duodecimo. Ricordiamo per es. le *Exceptiones decretorum Gratiani* antichissime (V. SCHULTE, *über drei in Prager - Handschriften enthaltene Canonen-Sammlungen*, Wien, 1868 (Akad.) p. 221 e segg. e il mio scritto *Per la storia del diritto Romano nel Medio Evo*, 1832, p. 14-15 est. dalla *Riv. ital. per le scienze giuridiche* XII. v. anche un passo di Rolando (che sembra almeno conoscesse il nome volgare di *decreta*) in SCHULTE, *Gesch. der Quellen*, I, 48, n. 8., e la citazione *in decretis* in una glossa di Martino edita da PESCATORE, o. c. p. 53 n. 1, nelle glosse di Placentino in SAVIGNY, III, p. 432, n. 10; nel *libellus de ordine iudiciorum* di Bassiano, ed ancora nella *Summa Codicis* di Azone, nel passo citato da SAVIGNY, I, 706 n. b.

Pratese. Ciò perchè esse corrispondono perfettamente all' epoca, nella quale il *dominus U.*, ossia Uberto Visconti, fu podestà di Bologna, e perchè non si deve credere, che la data delle formole fosse sempre cambiata nelle nuove trascrizioni o compilazioni. Così per esempio nel decreto di Graziano, compilato probabilmente verso il 1140, si trova una formola colla data del 1105.¹⁾

Accenniamo ancora ad un altro punto, che potrebbe forse servire a determinare la data del formulario.

Nella prima parte della stessa formola, di cui abbiamo ora parlato, il Palmieri è incorso in un euriioso errore.²⁾

Vi si tratta di un pagamento *cc. marc. sterlignorum bonorum legalium et communalium* (*leggi communium?*) *ad numerum XIII sol. pro qualibet marca*, pagamento da farsi *in proximis venditiis pro vini vel ligni pretio*. La parola *pretio* è un supplemento del Palmieri, mancando nel ms., il quale ha inoltre *lignini* invece di *ligni*.

Evidentemente si doveva leggere o correggere "*in proximis nundinis Provini vel Lignini* (o *Lagnini*)", ossia *nelle prossime fiere di Provins o Lagny* in Scialapagna.

Ora della fiera di Provins noi abbiamo notizia fin dal 1138, di quella di Lagny dal 1154³⁾ ed esse certo avevano già luogo anche prima e forse da parecchio tempo. Ma è egli probabile, che già all'epoca di Irnerio tali fiere fossero tanto frequentate dai mercanti italiani, da rendere necessaria la compilazione di una formola per i contratti, che si facevano in vista di esse? Per ora, che io sappia, non venne segnalato nessun documento

1) C. II, q. VI, d. *Grat. post c. 31.*

2) Il ms. magliabecchiano è molto scorretto e di difficile lettura (PALMIERI, o, c. pag. XXXIII), tanto che l'editore, nonostante tutta la cura messa nella seconda edizione (v. p. XII) per migliorare il testo, non è riuscito che a metà. Così per es. a pag. 3 lin. 8 invece di *munimine* va letto *numine*; a pag. 129 lin. 9 *opponant* invece *opponerent*, a lin. 21 *creditorum* invece di *conditorum*; a pag. 135 linea 9-10 *nam altius... teneatur*, invece di *nec alterius... habeatur*; a pag. 136 linea 13 *in socidam* invece di *in solidum*, lin. 19 *in hieme* invece di *in me*, linea 20 *spinas* invece di *finos*, linea 21 *natam* invece di *maturam*, lin. 23 *II annis* invece di *unam*, e così via dicendo. Le correzioni a pag. 136 sono fatte in seguito al confronto con Rainerio (l. c. p. 53 n. XII.)

3) L. GOLDSCHMIDT, *Universalgesch. des Handelsrechts* (*Handbuch* I, I, 1), Stuttgart, 1891, p. 227 n. 148.

italiano anteriore al secolo XIII, che ricordi tali fiere ¹⁾, e neppure ne fa menzione il formulario di Rainerio da Perugia, mentre in quello alquanto posteriore di Rolandino ²⁾ si trova la celebre formola di cambiale pagabile appunto in *nundinis Proveni*.

Anche l'uso dello *sterlino* inglese si riscontra frequentemente in Italia solo nel secolo decimoterzo; ³⁾ cosicchè tutto concorre a far credere, che la formola in questione, la quale pure non sembra aggiunta, non possa essere anteriore al principio di detto secolo.

3. Veniamo ora alle ipotesi del Fitting, esponendo anzitutto le conclusioni più importanti, a cui egli giunge.

Secondo le congetture del Fitting, ⁴⁾ Irnerio sarebbe nato verso il 1055, ed avrebbe studiato ed insegnato arti liberali in Bologna sua patria, per darsi poi verso il 1076 allo studio del diritto, spintovi dalla contessa Matilde ⁵⁾. Essendo allora celebre la scuola di Roma, Irnerio si sarebbe colà recato e vi sarebbe presto diventato professore. In tale qualità avrebbe scritto verso il 1082 le sue *Questiones*; ma caduta la scuola di Roma verso il 1084, avrebbe fatto ritorno a Bologna, vivendovi per qualche anno di vita privata, tutto inteso allo studio. In questo periodo sarebbero state compilate le autentiche e la *Summa Codicis*. ⁶⁾ Ma

1) Il più antico documento è, se non erro, l'obbligazione del conte Baldovino di Fian-dra, fatta a Venezia nel 1202 e recentemente illustrata da COGNETTI DE MARTIIS, *un' obbligazione cambiaria per la IV crociata*, Torino 1894 (dagli atti dell'Accademia delle Scienze). Tale obbligazione si trova però già citata, con molti altri documenti, in GOLDSCHMIDT, o. c., p. 225 n. 137 a e pag. 422.

2) GOLDSCHMIDT, l. c. e p. 427. La stessa formola è ripetuta poco dopo nello *speculum Durantis* (*ibid.*)

3) GOLDSCHMIDT, l. c. p. 311, n. 51.

4) V. specialmente *Questiones*, p. 44 e segg.

5) Fonte di questa notizia è la cronaca di Burcardo abate Urspergense; ma io non so veramente quanta fede meriti in questo particolare uno scrittore morto nel 1226, e che pone tanto il risorgimento degli studi per opera di Irnerio quanto la compilazione del decreto di Graziano sotto l'imperatore Lotario II, quando la contessa Matilde era ad ogni modo morta da un pezzo. Che Irnerio assistesse come *causidicus* ad un placito della contessa Matilde, non dimostra, che egli fosse al servizio della contessa, ma piuttosto il contrario.

6) A giudicare dalle espressioni usate dal Fitting, *Quest.*, p. 48, converrebbe dire che Irnerio avesse compiuta la *summa*, almeno nella sua forma più antica, prima di riprendere l'insegnamento (...und brachte ihn (*den Plan*) in seiner *Summa Codicis* zur Ausführung, um dann, gestützt auf sie, in ganz neuer, bisher unbekannter Weise in sei-

forse già prima del 1090 Irnerio avrebbe iniziato il suo insegnamento in Bologna, acquistando in breve grandissima fama, come lo proverebbe anche il fatto dell'essere il *Brachylogus* probabilmente opera di uno scolare d'Irnerio e ad ogni modo compilato colla scorta della *Summa Codicis*.

Morta poi la contessa Matilde, Irnerio, prima partigiano del papato, avrebbe fatto un voltafaccia, diventando ardente sostenitore dell'autorità imperiale.

Infatti dal 1116 al 1118 lo troviamo molte volte come giudice nei placiti dell'Imperatore Enrico V, ¹⁾ col quale si recò anche a Roma per indurre il popolo ad eleggere un antipapa. Irnerio sarebbe poi morto verso il 1130. ²⁾

Trattando poi del carattere e delle qualità morali d'Irnerio, il Fitting ne fa un ritratto tutt'altro che favorevole. Non solo il maestro Bolognese sentiva molto altamente di sè, ma spinto senza dubbio da ardente ambizione, cercava in ogni modo il successo e seguiva sempre la corrente, colla quale gli pareva più facile raggiungere il suo scopo. Quindi a Roma e finchè vive la contessa Matilde, difende il papa, poi passa alla parte imperiale: in Roma combatte fieramente il diritto longobardo, a Bologna scrive la *Summa legis Longobardorum*; nella *Summa Codicis* sostiene dapprima che l'imperatore non è padrone delle sostanze dei privati, poi cambia radicalmente il passo per seguire da buon cortigiano l'opinione opposta, certamente più gradita.

ner Vaterstadt als juristischer Lehrer aufzutreten). Ma veramente nella *Summa Codicis* p. XC dice solo che la *Summa* nella sua forma originaria deve appartenere ancora alla fine del secolo XI.

1) Ai documenti finora conosciuti va aggiunto un placito del 1 Agosto 1118 in Treviso, edito quasi contemporaneamente da Cipolla in *N. Archivio Veneto* VII, P. II, p. 29 e segg., e da Bresslau in *N. Archiv*, XX, 1894, p. 227 e segg.

2) *Questiones* p. 49. Come è noto si ha notizia d'Irnerio solo fino all'anno 1125, e la data approssimativa della sua morte è molto controversa. Gaudenzi, *Appunti per servire alla storia dell'Università di Bologna*, p. 5 la vorrebbe porre poco prima del 1140: Palmieri, in *Appunti* p. XCIV-XCV e nella *Gazzetta dell'Emilia* cit. afferma che Irnerio vivesse ancora ed insegnasse nel 1132: Pescatore, *die Glossen des Irnerius* pag. 112 ed anche Landsberg, *Zeitschrift. der Sav-Stift. für R. G.* IX, p. 407, n. 1.^a, non escludono la possibilità che Irnerio abbia vissuto oltre l'anno 1136. Invece Schupfer (*Le origini della univ. di Bologna*, 1883, p. 18) ritiene, con altri scrittori, che sia verosimilmente morto poco dopo il 1125. Siamo però sempre nel campo delle ipotesi.

Del resto, se fossero vere le congetture del Fitting, i discepoli d'Irnerio sarebbero stati molto inferiori al maestro per scienza ed ingegno, ma degni di lui dal lato morale. Limitandosi a lodarlo in termini generali, essi sarebbero stati felicissimi di lasciare, che le sue opere fossero affatto dimenticate, per potere spacciare come cosa propria le idee di lui e rubare la gloria, che sarebbe spettata al defunto maestro. ¹⁾ Rogerio poi, un miserabile plagiatario senza ingegno e senza coscienza, avrebbe messo il proprio nome ad una *Summa Codicis*, che era per più di metà una pura e semplice riproduzione della *Summa* Irneriana e nel resto un rifacimento pedestre e privo di valore.

Come si vede, il quadro non è certo lusinghiero per Irnerio ed i suoi discepoli. Fortunatamente, non ci pare che le accuse siano per ora provate. Esse dipendono in gran parte solo dall'attribuzione ad Irnerio delle opere, che abbiamo enumerate, così che se tale attribuzione risulta non corroborata da sufficienti prove, cadono pure le accuse.

Vediamo dunque partitamente delle singole opere, incominciando dalle *Questiones* e dallo scritto *de aequitate*.

4. Le *Questiones de iuris subtilitatibus* sono un trattatello giuridico in forma di dialogo, conservatoci, per quanto finora è noto, da due mss., uno della biblioteca di Troyes, l'altro, già del compianto Prof. d'Ablaing, depositato ora nella biblioteca di Leida.

Il ms. di Troyes n. 1317, noto da molto tempo, ²⁾ proviene dal monastero di Clairvaux ed è secondo Haenel del principio del secolo XIII, ²⁾ secondo Fitting della prima metà del secolo duodecimo.

Esso contiene, oltre ad alcuni altri scritti enumerati dal Fitting, tre delle opere attribuite ad Irnerio, cioè la *Summa Codicis*, la

1) *Summa Codicis*, p. XCVI e XCVII.

2) V. G. HAENELII, *Descriptio Breviarum Codicis Iustiniani, quod inest in Codice Trecensi* 1317. Lipsiae 1863, e le altre opere citate da Fitting.

2) Avendo Harmand, nel secondo volume del catalogo dei mss. della Biblioteca di Troyes pubblicato a Parigi nel 1855, attribuito il ms. al secolo XII, Haenel, *Descriptio*, p. 3 n. 2, scrive: « Harmand codicem saeculo XII scriptum esse putat, mihi videtur primis saeculi XIII lustris scriptus esse » il che dimostra, che si tratta di giudizio ben ponderato. Certo sarebbe molto desiderabile avere un buon facsimile del ms.

Summa legis longobardorum e le *Questiones* mutili in fine, che si arrestano cioè in principio della seconda parte, a metà di un periodo, evidentemente per la mancanza di uno o più fogli del manoscritto.

Il ms. di Leida, acquistato dal d'Ablaing nel 1889 poco prima della sua morte, consta di due parti diverse, delle quali ci interessa solo la prima, ¹⁾ che comprende otto fogli giudicati della fine del secolo duodecimo e minutamente descritti dal Fitting. Questi otto fogli contengono le *Questiones* ed immediatamente unito ad esse lo scritto *de aequilate*, poi d'altra mano varie aggiunte, fra le quali notiamo le formole processuali edite da Fitting e poi da Conrat, ²⁾ e una parte del titolo VII, 31 della *Summa Codicis* da Fitting attribuita ad Irnerio, ma segnata qui colla sigla di Martino.

Nel margine inferiore dei fogli I a VII si trova inoltre trascritto un trattatello sulle *actiones*, preceduto da un proemio, che il Fitting pubblica senza avvedersi che si tratta del proemio dell'*Instrumentum iuris civilis* di Anselmo de Orto edito dallo Scialoja in *Bibliotheca iurid. m. aeri*, II, p. 87-116.

È quindi più che probabile, che il trattatello, qualificato dal Fitting di molto insignificante, sia una parte dell'*Instrumentum* di Anselmo, benché nel ms. Leidense porti in fine una sigla, che Fitting lesse *J'*, attribuendo perciò l'opera a Jacopo. ³⁾

Il titolo "*Questiones de iuris subtilitatibus* „ si trova solo nel ms. di Troyes, mancando nell'altro ms. le rubriche.

1) La seconda parte contiene il *Digestum novum* di mano del secolo XII-XIII. Vedi su di essa il notevole lavoro del Fitting, *Bernardus Cremonensis und die lateinische Uebersetzung des Griechischen in den Digesten*, negli atti dell'Accademia delle Scienze di Berlino, 12 Luglio 1894. Che il ms. appartenesse in principio del secolo XIII al Cardinale Bonaventura, come vuole il Fitting, *Questiones* p. 6, mi pare escluso dalla stessa iscrizione da lui riportata, dove le parole « a domino Cardinali Bonaventura legum doctore » sembrano assolutamente interpolate, il che dimostrerebbe che si tratta di una notizia sbadatamente trascritta da altro manoscritto.

2) FITTING *Iuristische Schriften*, p. 171 e seg. CONRAT, *Epitome Exactis*, p. CXXI e seg. Su queste formole ritorneremo in seguito.

3) Veramente Savigny pone la *I* fra le sigle incerte (cfr. anche CHIAPPELLI, *studio Bolognese*, p. 72), e da come sigla di Iacopo solo *Ia* (*Jac.*), mentre invece Haenel, *Dissensiones*, passim, e Pescatore, *Glossen des Irnerius*, pag. 45 e segg., pongono la *I* fra le sigle Irneriane.

Le *Questiones* sono precedute da una introduzione. L'autore narra di essersi imbattuto a caso nel tempio della Giustizia, posto sopra un alto monte in ameno boschetto. Le porte gli sono aperte *cum aliqua mora*; ma a nessuno è dato conoscere intieramente che contenga l'interno del tempio ¹⁾, chiuso da una parete di vetro, sulla quale in lettere d'oro sta scritto "*totus librorum legalium textus*„. L'autore legge avidamente, ed ecco quasi in uno specchio gli appare la Giustizia "*cuius in vertice recumbebat oculis sidereis ardenti luminis acie Ratio, dispositis hinc inde sex quasi circa matrem Iustitiam filiabus: Religione, Pietate, Gratia, Vindicatione, Observantia, Veritate. Sub ipsius autem amplexu reседит Aequitas vultu benignitatis pleno*„. „Intorno alla parete si affaticano "*honorabiles viri, non quidem pauci, sedulo dantes operam, ut si que ex litteris illis ab Aequitatis examine dissonarent, haberentur pro cancellatis* „.

Dalla parte esterna è addossata alla parete una cattedra mediocrementemente elevata, sulla quale siede un personaggio venerando che è indicato all'autore come *praeceptor atque iuris interpres*. Intorno stanno seduti non pochi *auditores*, convenuti *audiendi discendique studio*, fra i quali prende posto anche l'autore.

Allora uno degli *Auditores*, a nome di tutti, prega l'*Interpres* di spiegare le *questiones* più difficili, che possono presentarsi "*in hoc legum corpore* „ specialmente le antinomie, e avutone il consenso, propone una serie di questioni, che il maestro naturalmente risolve, provocando solo una volta, come diremo, un diretto responso della *Ratio* stessa. L'opera, sempre sotto forma di dialogo, si divide in due parti, la prima delle quali consta di 38 titoli ²⁾ preceduti da rubriche tolte, salvo eccezioni, da quelle dei primi quattro libri del Codice, di cui è seguito l'ordine genuino.

In principio della seconda parte l'*Auditor* dichiara che le questioni trattate possono bastare, perchè *in sequentibus iuris articulis* le difficoltà sono minori e potranno essere risolte dagli studenti stessi *ad instar superiorum responsionum*, oppure spiegate

1) Il testo, che è lungi dall'essere molto chiaro, dice veramente "*adytus templi*„

2) Numerati da I a XXXVII, perchè è ripetuto il titolo XVIII.

dal maestro *congruis in locis*, il che, se non erro, accenna all'insegnamento ordinario esegetico impartito dallo stesso *Interpres*.

Piuttosto, aggiunge l'*auditor*, egli ed i suoi compagni desidererebbero delle specie di *summae* dei vari titoli più necessari e più oscuri, incominciando da quello *de obligationibus et actionibus* (Cod. IV, 10). Terminata la trattazione di questa materia, l'*auditor* vuole che si passi a quella *de probationibus* (Cod. IV, 13), ma dopo poche linee l'opera si arresta, forse perchè non fu più continuata dall'autore.

Quanto al merito delle *Questiones*, siamo lungi dal volerlo negare, ma non bisogna nemmeno esagerarlo. Parecchie dell'obiezioni dell'*auditor* sono più sottili che serie, alcune sono addirittura frivole. Nè mancano sottigliezze ed anche errori nelle spiegazioni dell'*Interpres*.

Alle *Questiones* segue, nel Ms. Leidense e nell'edizione, un breve scritto indicato dal Fitting col titolo *de aequitate*, che veramente si addice solo al primo capitolo. Del resto tanto questo primo capitolo, quanto gli altri otto non sono che frammentarie esposizioni di pochi titoli dei primi due libri del Codice. Alcuni di questi titoli sono trattati anche nelle *Questiones*, nonchè, naturalmente, nella *Summa Codicis*. Che però queste tre opere debbano attribuirsi ad un solo autore è cosa, che può parere più che dubbia, benchè non manchino certo analogie evidentissime.

Appunto l'attribuzione dello scritto *de aequitate* ad Irnerio non ha, si può dire, altra ragione all'infuori di tali analogie e del fatto che nel Ms. Leidense esso è immediatamente congiunto alle *Questiones*.

Ora possono le *Questiones* essere ritenute opera di Irnerio? A me proprio non pare.

Non credo anzitutto che le *Questiones* siano citate come opera di Irnerio ¹⁾. Il Fitting adduce in proposito il noto passo di un

¹⁾ Non possiamo nemmeno ammettere che le *Questiones* siano citate, senza nome d'autore, nel dialogo *de praescriptionibus* di Rogerio (in *Tractatus Univ. Iuris*, XVII, f. 49 v.). Infatti nel passo riportato da Fitting (*Quest.* pag. 31) Rogerio dice solo, che inserirà le allegazioni degli avversari *sotto forma di domande*, ed i responsi della Giurisprudenza, quali li aveva avuti da essa: « quod quidem ita liquebit, si in *questionum modus* adversariorum allegationes et Iurisprudentiae responsa, quae ab ipsa percepimus, inseramus. » Del resto le *Questiones* e lo scritto di Rogerio hanno comune solo la forma dialogica.

documento del 1262, nel quale è ricordato un volume contenente "libellum Dni Roffredi de Benevento, cum summa Accursii super authenticum et cum questionibus singularibus D. Azzoni, D. Pilei et D. Warnerii atque cum broccardis Azzonis nec non et aliis libellis glossis et rationibus ¹⁾ „ Ma nelle *quaestiones singulares* è ovvio ravvisare delle *quaestiones* nel senso dato comunemente a questa parola dai glossatori: nè le *Questiones de iuris subtilitatibus* sarebbero state probabilmente citate congiunte alle *Quaestiones* di Azzone e Pillio, quasi formassero con esse una sola raccolta.

In secondo luogo, non vedo argomenti intrinseci di qualche valore per attribuire le *Questiones* ad Irnerio, poichè, dato anche che vi siano analogie evidenti fra questa operetta e scritti Irneriani, dato anche che ad Irnerio siano attribuite da scrittori posteriori alcune delle opinioni sostenute in essa, ciò non prova assolutamente nulla; e tanto più per chi, come il Fitting, sostenga, in fondo, che ad Irnerio risale quanto di bello e di buono si trova negli scritti dei glossatori, specialmente più antichi.

Credo da ultimo impossibile accogliere l'ipotesi del Fitting sull'autore e la data delle *Questiones*, perchè dovremmo altrimenti ammettere:

1.° che l'antica scuola di diritto sia durata in Roma dall'epoca giustiniana fino al 1082, come vuole il Fitting, o almeno che in quell'anno esistesse in Roma una scuola di diritto molto fiorente:

2.° che Irnerio già in principio della sua carriera scientifica conoscesse tutte le parti del *Corpus iuris*, compreso l'autentico, gli ultimi tre libri del Codice e le *tres partes*.

Esaminiamo ora accuratamente questi due punti, e specialmente il primo, che ha una importanza eccezionale²⁾.

1) V: SAVIGNY, II, p. 44 n. c, da SARTI, 2, p. 214.

2) Per le seguenti ricerche furono specialmente consultate queste opere: MURATORI, *Antiq. Ital. M. Aevi*, Dissertazioni 43 e 44 (mi servii talora anche dell'edizione italiana, Roma 1799); TIRABOSCHI, *storia della letteratura italiana*, Roma, 1782-85; GIESEBRECHT, *De litterarum studiis apud Italos primis medii aevi saeculis*, 1845; OZANAM, *Documents inédits pour servir à l'hist. littér. de l'Italie*, 1850; GREGOROVIVS, *storia della città di*

È fatto indiscusso, che nel primo medio evo un insegnamento elementare del diritto faceva parte dell'insegnamento generale delle così dette arti liberali e precisamente della grammatica e della retorica. A questo insegnamento, nella sua duplice fase, accennano molto chiaramente passi di varii autori già raccolti pazientemente dagli eruditi del secolo scorso, all'opera dei quali i moderni aggiunsero un contributo forse più modesto di quanto generalmente si creda.

Ma le espressioni iperboliche di quei poveri scrittori medievali ¹⁾ non bastano certo a farci credere giuristi i giovinetti, che sui sedici anni ²⁾ uscivano dalla scuola di retorica. Esistevano dunque vere scuole di diritto, scuole in cui si impartisse un insegnamento superiore, non quello assolutamente insufficiente, che si riceveva ordinariamente nelle scuole di arti liberali, oppure dobbiamo ritenere, che i giovani si abilitassero alla vita forense non nelle scuole, ma praticamente sotto la direzione di un causidico, o notaio o giudice provetto, finchè fossero ritenuti

Roma (trad.): VILLARI, *il comune di Roma nel Medio Evo secondo le ultime ricerche in Nuova Antologia* S. III, vol. VIII e IX: AMATI, *Roma nei secoli XI e XII in Bibliografia Romana*, I, 1880, p. I-CLXXIII (opera da usarsi colla massima circospezione), ed inoltre gli scritti di Fitting, Chiappelli, Schupfer ed altri citati in seguito.

1) Diamo un solo esempio. È notissimo il passo di una lettera di Aldelmo abate di Malmesbury scritta fra il 675 e il 705: «Neque enim parva temporum intervalla in hoc lectionis studio protelanda sunt; ei dumtaxat, qui sollerti sagacitate legendi succensus legum Romanorum iura medullitus rimabitur et cuncta iurisconsultorum decreta imis precordiis scrutabitur, et quod his multo artius et perplexius est, centena scilicet metrorum genera pedestri regula discernere et ad musica cantilenae modulamina recto syllabarum tramite lustrare, cuius rei studiosis lectoribus tanto inextricabilior obscuritas pretenditur, quanto rarior doctorum numerositas reperitur.» (*Monum. Germ. Histor. Epistolarum*, III, p. 236: FITTING, *Bologna* p. 17 n. g.) Fitting, o. c. p. 70, riportando la parte, che si riferisce al diritto romano, scrive «ist diese Aeusserung erklärlich unter der Voraussetzung ganz äusserlicher und handwerkmäßiger Beschäftigung mit dem Rechte? zeigt sie nicht vielmehr deutlich den Denker, welcher sich redlich bemüht in die Tiefen des römischen Rechtes einzudringen und sich zu diesem Behufe mit den dabei zu überwindenden, auch uns sattsam bekannten Schwierigkeiten herumschlägt?» Eppure Aldelmo trovava nello scandere i versi molto maggiori difficoltà che in tutte le leggi romane e i decreti dei giureconsulti! Bel giurista davvero. Del resto notiamo di passaggio una certa analogia fra le espressioni di Aldelmo e quelle del prologo all'*Epitome Monachi*, uno dei più barbari compendi del Breviario alariciano.

2) V. FITTING, *Bologna* p. 29 n. d; «Rhetorik und Rechtsunterricht fielen sonach etwa in das fünfzehnte oder sechzehnte Lebensjahr der Schüler.»

degni di diventarne colleghi? ¹⁾ E limitandoci al nostro argomento, per non allargare troppo il campo della discussione, esisteva una scuola di diritto in Roma?

All' epoca Gota, o almeno sotto Teodorico ed Atalarico, continuava ad esistere in Roma una scuola di diritto, i cui professori erano probabilmente nominati dal Senato ²⁾. È verosimile, che lo studio continuasse a reggersi colle norme antiche, che conosciamo solo imperfettamente dal Codice Teodosiano libro XIV, tit. IX " De studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolitanae „ e dalla costituzione *Omnem*. Emanando questa celebre costituzione nel Dicembre del 533, Giustiniano ordinava, che la riforma da lui introdotta negli studi giuridici avesse effetto anche in Roma. Di più nel suo Codice (libro XI tit. XIX) conservava l' antica rubrica del codice Teodosiano XIV, 9, riproducendo una costituzione dell' anno 425, in origine destinata a Costantinopoli, la quale fissava il numero dei professori di diritto a due. Ora, datigli speciali rapporti, che passavano fra i re Goti e l' Imperatore d' Oriente, è certo che

¹⁾ Bellissimi e numerosi esempi di questo fatto ci danno le carte napoletane. A Napoli l' ufficio di notaio era esercitato da *curiales* formanti un collegio. Ora noi troviamo molti atti redatti da uno *scriptor discipulus* di un determinato *curialis* e questo *discipulus* si trova poi ordinariamente in atti posteriori designato alla sua volta come *curialis*. Cito a caso dai *Regii Neapolitani Archivii Monumenta*: I doc. LIII e LIV dell' anno 949 sono scritti *per manum sergii scriptoris discipulo domini gregorii curiali et scriniarii*. Nel 951 Sergio è divenuto *curialis* egli stesso (doc. LVI e LVII) e Gregorio ha un altro *scriptor discipulus* di nome Giovanni (doc. LVIII.) Nello stesso anno e nei successivi compare spesso un Giovanni *curialis* e Gregorio scrive da sè i propri atti; ma nel 957 ha di nuovo per *scriptor discipulus* un Anastasio (LXXV), nel 960 un Pietro (XCIII), nel 961 un Giovanni (XCV), nel 963 un Sergio (CIII), nel 965 e 966 un Pietro (CXVII, CXVIII, CXXI). Pietro *curialis* ha nell' Agosto del 968 e nel Gennaio del 970 un Sergio *scriptor discipulus* (CXXIX, CXXXIV). Questo Sergio nell' Aprile dello stesso anno 970 scrive un atto come *scriptor discipulus domini petri curialis*, ma è già *curialis* egli stesso al momento della *completio* e firma quindi: «Ego Sergius dudum scriptor nunc vero Curialis Complevi et absolvi...» (CXXXIX. cfr. BRUNNER, *zur Rechtsgesch. der röm. und germ. Urkunde*, I, p. 78). Anche un documento romano dell' anno 821 (GALLETTI, *Primitivo*, n. 2, cit. da Brunner, o. c. p. 77) è scritto da Teodato *discipulus et auctor* di Zaccaria *chartulario et magister censu urbis Rome*. Nel *Regesto Sublacense*, doc. 55, p. 96, è stampato per errore *auctor* invece di *auctor*.

²⁾ CASSIODORI, *Varia*, IX, 21. Cfr. MOMMSEN, *ostgoth. Studien* in *N. Archiv der Gesellschaft für ält. d. Geschichtskunde*, XIV, 1883, p. 490 n. 4-5.

Giustiniano poteva pretendere che le sue leggi fossero promulgate anche in Italia, ma non è punto provato, che lo fossero ¹⁾ e che quindi fin dal 534 la legislazione giustiniana sia stata pubblicamente spiegata in Roma ²⁾ e precisamente da due professori di diritto. ³⁾

Scoppiò poi nel 535 la guerra Gotica, che durò per venti anni, e Roma fu espugnata cinque volte con grande strage dei cittadini.

È probabile, che già in questo periodo calamitoso le scuole pubbliche abbiano taciuto per lungo tempo. Ed infatti Giustiniano nel capitolo 22 delle sua *Pragmatica Sanctio* dell'anno 554 ordina:

Annonam etiam, quam et Theodoricus dare solitus erat et nos etiam Romanis indulsimus, in posterum etiam dari praecipimus; sicut etiam annonas, quae grammaticis ac oratoribus vel etiam medicis vel iurisperitis antea dari solitum erat, et in posterum suam professionem scilicet exercentibus erogari praecipimus.

1) Cfr. GAUDENZI, *sui rapporti tra l'Italia e l'impero d'Oriente fra gli anni 476 e 554 d. C.*, 1888, pag. 157 e segg.

2) Non è prova convincente il fatto che nelle lettere di papa Pelagio I (555-560) siano usate ampiamente le fonti giustiniane, comprese le novelle (CONRAT, *Gesch.* I, 6-7); poichè ad un uomo esperto nelle fonti antiche non sarebbe riuscito difficile il servirsi delle nuove.

3) Ordinariamente si crede che a Costantinopoli ed a Berito vi fossero otto professori, quattro per scuola (KRÜGER, *Gesch. der Quellen*, p. 348); ma per quanto riguarda Costantinopoli, non è ciò in contradizione con la cost. unica *Cod.* XI, 19? Degli otto *antecessores*, ai quali è diretta la costituzione *Omnem*, quattro sembrano essere certamente di Berito, cioè Doroteo, Isidoro, Anatolio e Taleo (per quest'ultimo si è dubitato); due sono di Costantinopoli cioè Teofilo e Cratino. Si potrebbe di prima impressione dubitare che gli altri due, Teodoro e Salaminio, fossero professori a Roma, poichè di essi nulla sappiamo e d'altra parte può sembrare naturale, che Giustiniano rivolgesse ai professori di Roma una costituzione, colla quale intendeva riformare gli studi giuridici anche in questa città. Si aggiunga che nell'anno successivo (534) Giustiniano indirizzava una sua legge (*Cod.* VI, 51, 1) al Senato di Costantinopoli e di Roma. Però, in senso contrario, va osservato che i nomi di Teodoro e Salaminio sono entrambi greci, e che per di più a Teodoro viene attribuito dallo Zachariae un *Indice* greco dei Digesti, di cui si avrebbero pochi frammenti. (*Gesch. des griech. — röm. Rechts*, 3ª ed. p. 6: *Zeits. der Sav. — Stift. für Rechtsgesch.* X, *Rom. Abth.*, p. 267). È vero, che l'esistenza di questo *Indice* non è assolutamente certa, e che ad ogni modo è una semplice ipotesi identificarne l'autore col Teodoro *antecessor* della cost. *Omnem*.

mus, quatenus iuvenes liberalibus studiis eruditi per nostram rempublicam floreant. ¹⁾

Le espressioni *antea dari* e specialmente *suam professionem scilicet exercentibus* dimostrano che vi era stato un'interruzione sia nell'esercizio di questa professione sia nel pagamento degli stipendi.

Riordinate ad ogni modo le scuole da Giustiniano, lo studio del diritto fiorì forse per qualche tempo in Roma, dove è verosimile che abbia atteso agli studi giuridici lo stesso Gregorio Magno ²⁾.

6. Da quest'epoca in poi si può dire, che della scuola di Roma non abbiamo più notizia, fino ai noti passi della glossa e di Odofredo, dei quali parleremo.

Può quindi essere interessante ed istruttivo il vedere come alcuni storici moderni siano venuti ad ammettere la durata di tale scuola fino nella seconda metà del secolo undecimo, e ad affermare così un fatto di eccezionalissima importanza, che cioè la scienza del diritto sia passata, per tradizione scolastica non interrotta, dagli antichi giureconsulti Romani ai primi Bolognesi.

Già il Savigny ³⁾ non era alieno dall'ammettere l'esistenza di una scuola di diritto in Roma durante parte del medio evo. Egli si basava sulla tradizione raccolta da Odofredo, e veritiera almeno nella parte, che riguarda la scuola di Ravenna: e citava inoltre un preteso sinodo Romano del 964, al quale avrebbero preso parte *iudices* e *legis doctores*, pur riconoscendo che nulla obbliga a vedere nei *legis doctores* dei professori di diritto. Questa questione non ha per noi nessuna importanza, perchè le notizie sul preteso sinodo, sul quale si basava dapprima anche il Fitting, ⁴⁾ sono tolte da un documento certamente apocrifo e della fine del secolo undecimo. ⁵⁾

1) In *Iuliani Epitome Novellarum* ed. HAENEL, p. 190, ed ora anche in appendice alla nuova edizione delle Novelle curata da Schöll e Kroll, p. 832.

2) CONRAT, *Gesch.*, I, 9.

3) Storia del dir. Rom. I, 269-270.

4) *Turner Institutionenglosse*, p. 84. L'errore venne già notato da FICKER, *Ueber die Zeit und den Ort der Entstehung des Brachylogus*, 1871, p. 44.

5) Si tratta di uno dei pretesi privilegi di papa Leone VIII ad Ottone I (ora pubblicati fra gli atti apocrifi in *Mon. Germ. LL.* sectio IV, t. I, p. 663 e segg.), e precisa-

Ciò che il Savigny aveva appena lontanamente accennato divenne certezza per il Fitting, il quale fin dal 1870 credette di poter dimostrare che l'antica scuola di Roma scomparve solo nella seconda metà del secolo undecimo.¹⁾

Egli si basava per questa dimostrazione sopra due dati, di cui uno, cioè l'origine romana e l'alta antichità del *Brachylogus*, venne poi da lui stesso riconosciuto come falso, l'altro, cioè l'origine parimenti romana della così detta glossa Torinese, fu ora messo in dubbio da illustri scrittori²⁾, e ad ogni modo da solo non ha più nessuna importanza, trattandosi di un lavoro attribuito all'epoca Giustiniana, durante la quale la scuola di Roma esisteva certamente.

Intanto però, ammessa, su false basi, l'esistenza della scuola di Roma, il Fitting aveva successivamente attribuito ad essa alcuni scrittarelli, ossia, nel 1875,³⁾ la formola di testamento contenuta nel c. 256 della *collectio Pragensis*,⁴⁾ e nel 1876 le formole processuali, delle quali parleremo. Inoltre nei suoi famosi *Iuristische Schriften* aveva cercato di meglio dimostrare l'esistenza di vere scuole giuridiche medievali, fra le quali, benchè egli di-

mente del così detto *privilegium minus*. Si attribuisce la falsificazione a giuristi della scuola di Ravenna e non senza ragione. V. le notizie date dall'ultimo editore e gli autori da lui citati (l. c.): cfr. anche CONRAT, *Gesch.* I, 612 e segg.

1) FITTING, *Ueber die sog. Turiner Institutionenglossae* ecc. Halle, 1870. Fecero subito serie riserve il Ficker nell'opera citata sopra p. 55, n. 4, ed il Padelletti nell'*Arch. giuridico*, VII, 1871, pag. 271 e segg.; VIII, 1871, p. 175 e segg. Così pure A. Del Vecchio in *Arch. Giur.* XIV, 1875, p. 565; XV, 1875, p. 215.

2) Il Tamassia (*Archivio giurid.* XL, 254) ed il Conrat (*Gesch.* I, p. 116) congetturano infatti, che tale glossa sia una traduzione dal greco.

3) *Zur Gesch. der Rechtswiss. am Anfange des M. A.* p. 18-19 e p. 28 nota 44.

4) In SCHULTE, *Ueber drei in Prager Handschriften enthaltene Canonen-Sammlungen*, p. 203. In seguito il testamento fu ritenuto di origine ravennate (V. RIVALTA, *Discorso sopra la scuola delle leggi Romane in Ravenna*, 1838, p. 15-16) o francese (CONRAT, *Gesch.* I, 499 e n. 4). Da ultimo lo stesso testamento venne trovato dallo Scialoja nel ms. Chigiano E, VII, 218 (contenente esclusivamente opere di giuristi della scuola di Bologna) e fu in parte pubblicato in PESCATORE *Beiträge*, 2, p. 94. Nel ms. Chigiano però, in luogo dei nomi classici Cicerone, Gaio, Socrate, Platone, troviamo nomi longobardi, Ildebrando, Linbrando, Astolfo. Io credo che il ms. Chigiano ci dia la forma originale, la collezione di Praga invece un rifacimento probabilmente francese (contro CONRAT, o. c. p. 643.) Il *castrum Ripalta* ci fa ricordare tre paesi di questo nome in provincia di Cremona, e parecchi di nome *Rivaltà* in Piemonte e altrove.

chiarasse di non volersi punto occupare della questione, era ovvio supporre che la scuola di Roma tenesse un posto eminente¹⁾.

Perciò, quando nel 1880 il Fitting venne a sostenere l'origine francese e relativamente recente del *Brachylogus*²⁾, l'ipotesi della esistenza di una scuola in Roma potè resistere a questo colpo tremendo, benchè per qualche tempo fosse messa quasi in tacere. In seguito, cioè nel 1885 e 1888, il Fitting la sostenne di nuovo³⁾, osservando specialmente che i papi dovevano essere interessati a mantenere la scuola di diritto, e che della sua scomparsa si aveva infatti solo notizia nel celebre passo di Odofredo, che esamineremo fra poco. Aggiungeva ancora che *con una certa verosimiglianza* potevano considerarsi come prodotto della scuola di Roma le formole processuali già ricordate, e che indizio della lunga durata di tale scuola davano due placiti romani, del 1060 e del 1107, nei quali sono letteralmente riportati alcuni passi del *Corpus iuris*.

Ora, colle ultime pubblicazioni del Fitting, ⁴⁾ la scuola di Roma acquista anche il misterioso *Geminianus* e lo stesso Irnerio, che doveva poi continuarne le tradizioni a Bologna.

Anche di Geminiano è bene vedere come abbia fatto il suo ingresso nella storia del diritto romano nel Medio Evo.

Fra le glosse alle Istituzioni del Ms. di Colonia, edite dal Conrat e poi dal Fitting ⁵⁾, ve ne ha una scritta verso la metà del secolo duodecimo, la quale ricorda un *Geminianus* prima per-

1) *Iuristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, V. pag. 76 e segg., e 112 n. 11 per le formole processuali. A pag. 111 il Fitting scrive: Wo diese ältere Rechtswissenschaft ihren hauptsächlichsten Sitz hatte, ob in Rom, oder auch noch an andern Orten, ist eine völlig nebensächliche Frage, die ich, um die Aufmerksamkeit nicht von dem Hauptpunkte abzulenken, hier ganz auf der Seite lassen will.... Cfr. anche BRUNS in *Zeits. für RG.* XIII, p. 113-114.

2) *Ueb. die Heimat und das Alter des sog. Brachylogus*, Berlin und Leipzig, 1880.

3) *Zeitschr. der Sav. Stift. für RG.* VI, p. 119 e specialmente *die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, 1888, p. 35-38.

4) V. specialmente *Questiones* p. 22 e 46 e segg.

5) CONRAT in *Arch. giuridico*, XXXIV, 105 e segg: FITTING, *Die Institutionenglossen des Gualcausus*, Berlin, 1891.

fettamente ignoto. In questa glossa Fitting ¹⁾ ravvisò la citazione di una raccolta di *Regulae* contenuta frammentariamente nell'*Appendix Petri*, I 2-3, ed attribuì quindi tale raccolta a Geminiano, congetturando inoltre, che questi fosse l'autore di un trattato *de natura actionum* edito nei *Iuristische Schriften* p. 117 e segg., e che sarebbe indicato nella nota glossa all'*arbor actionum* di Giovanni Bassiano ²⁾: "Primo tractavit de natura actionum G. Postea Henri. Postea P. Quarto dilucide Io. „ Infatti la sigla *G.* qui, e forse altrove, indicherebbe non Irnerio, come s'intendeva generalmente, ma Geminiano. Questo Geminiano sarebbe stato un giurista dell'undecimo secolo appartenente alla scuola di Ravenna.

Senonchè il Fitting trova ora, che la raccolta di *Regulae* è usata nelle *Questiones* da lui attribuite ad Irnerio. Geminiano sarà quindi un giurista della scuola di Roma e probabilmente maestro d'Irnerio. Ma siccome Irnerio è autore di un trattato *de natura actionum*, non vi è più ragione di ritenere che la glossa riportata si riferisca a Geminiano, anzichè al suo più celebre discepolo. A Geminiano restano dunque solo la raccolta di *Regulae*, probabilmente numerose glosse a varie parti del *Corpus iuris*, segnate colla sigla *G.* ed attribuite quindi ad Irnerio per errore dei giureconsulti Bolognesi più recenti. ³⁾

Sono, come ognuno vede, ipotesi molto ardite, delle quali ad ogni modo mi occuperò in seguito, trattando delle pretese *Regulae* di Geminiano.

Ritornando ora alla scuola di Roma e ricapitolando, noi dovremo dunque attribuire a tale scuola le seguenti opere:⁴⁾

1.° Le formole processuali della fine del secolo decimo.

1) Già in *Zeitschr. der Sav. Stift. für RG.* VI, 1885, p. 275-277 e VII, 1886, p. 60 nota, poi *Bologna*, p. 65: *Institutionenglossen des Gualcausus*, p. 7: *Questiones* l. c. L'ipotesi è accolta da CHIAPPELLI, *studio Bolognese* p. 70-71. cfr. RIVALTA, *Scuola delle leggi romane in Ravenna*, p. 9. In senso contrario PESCATORE, *die Glossen des Irnerius*, p. 26-27 e 112: FLACH, *Etudes critiques*, p. 24-27: CONRAT, *Gesch.* I, 340 n. 2: 617 n. 3.

2) In SAVIGNY, II, p. 44.

3) *Questiones*, p. 46 nota h.

4) Naturalmente oltre alle glosse, confuse poi con quelle della scuola di Bologna e specialmente di Irnerio.

2.º Le *regulae* di Geminiano probabilmente scritte verso la metà del secolo undecimo.

3.º Le *Questiones* d' Irnerio compilate verso l'anno 1082.

7. Subito dopo il 1082 la scuola di Roma sarebbe scomparsa, come si ricaverebbe dal noto passo di Odofredo, che dà qui per intero secondo l'unica e rarissima edizione del 1550,¹⁾ migliorando solo in parte la punteggiatura.

“ maiores nostri ita referunt. debetis scire; studium fuit primo Rome, postea, propter bella que fuerunt in marchia, destructum est studium. tunc in Italia secundum locum obtinebat pentapolis, que dicta [*adde est*] Ravenna postea, unde [*l. ubi*] Karolus fixit pedes suos, et ibi est testamentum eius; unde ibi cepit esse studium. et dicta est pentapolis a penta, quod est quinque, et [*po*]lis, quod est civitas, quia dicta fuit de V civitatibus; et postea dicta est Ravenna [*lacuna, o interpolazione?*] vel a rate dicitur, quod a nave fuit fundata. post mortem Karoli civitas ipsa collapsa est: postmodum fuit translatum studium ad civitatem istam, cum libri fuerunt portati. fuerunt portati hii libri: Codex, ff. vetus et novum et Insti.; postea fuit inventum infortiatum sine tribus partibus; postea fuerunt portati tres libri; ultimo liber authenticorum inventus est, et ista [*adde est*] ratio, quare omnes libri antiqui habent separatim „

Nelle guerre, *quae fuerunt in Marchia*, e che sarebbero state causa della rovina dello studio di Roma, il Fitting credette dapprima che si dovessero ravvisare le guerre civili, che funestarono Roma negli anni 1062 e 1063 ²⁾; ma in seguito mutò opinione, attribuendo invece la rovina dello studio di Roma ai vari assedi e saccheggi, che la città subì dal 1082 al 1084 e specialmente al saccheggio dato ad essa dai Normanni in quest' ultimo anno.³⁾

Ma nessuna delle due ipotesi si può accettare.

1) D. ODOF. *inter Iurecons. facile primi perelegans et elaborata elucidatio in novem posteriores libros Infortiati bibliothecae collegii Petragoricensis Tholosani munus. Lugduni, M. D. L., f. 83^a.*

2) *Turiner Institutionenglosse*, p. 3: *Zur Geschichte*, p. 15 e nota.

3) *Bologna*, p. 37. Fitting accetta così l'opinione di BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess*, v, 1873, p. 319.

Per parte mia, io credo che del racconto di Odofredo, per la parte, che riguarda lo studio di Roma, non si debba assolutamente tener conto, come cercherò di dimostrare fra poco. Ma se si vuole ritenere il contrario, conviene ammettere, che lo studio di Roma fu distrutto (*destructum*) in epoca anteriore a Carlo Magno, e che solo dopo la sua distruzione incominciò la scuola di Ravenna, allora seconda per importanza fra le città d'Italia, ma decaduta poi dopo la morte di Carlo Magno.¹⁾ Per le guerre, *quae fuerunt in Marchia*, non si avrebbe dunque che l'imbarazzo della scelta fra le tante scorrerie, che i Longobardi fecero nella Marca di Toscana²⁾, o nella Marca d'Ancona, od infine nel ducato di Roma.

Però, come dicevo, mi pare che il racconto di Odofredo, per quanto riguarda la scuola di Roma, sia puramente fantastico, o per meglio dire, una semplice congettura sua.

L'esistenza dell'antica scuola di Roma non poteva certamente sfuggire ai glossatori, i quali tanto più dovettero occuparsene, perchè la Costituzione *Omnem* proibiva di insegnare il diritto fuori di Roma, Costantinopoli e Berito, e quindi parecchi di essi, specialmente i meno antichi, si credettero obbligati a dimostrare legittimo il proprio insegnamento.

Era quindi naturale che, combinando le notizie delle fonti colla tradizione orale, che designava Ravenna come sede di studi giuridici anteriormente a Bologna, si giungesse facilmente ad un racconto come quello della glossa Accursiana: "*cum Romae*

1) CHIAPPELLI, il quale aveva dapprima combattuto le ipotesi del Fitting, congetturando che Odofredo alludesse alla guerra, che si combattè ai confini d'Italia tra Franchi e Longobardi, non alle vicende di Roma (*Studio Bolognese*, p. 37), ora pare si sia ricreduto ed accolga invece l'opinione del Fitting. (*Riv. storica italiana*, XI, 619).

2) Che per *marchia* si possa intendere solo la marca di Toscana era dapprima opinione del Fitting. Tamassia, *Odofredo*, p. 75, n. 3, intende invece della marca d'Ancona, il che pare a me più probabile, perchè non credo che uno scrittore del secolo XIII possa indicare la Toscana col semplice nome di *marchia* dato invece per antonomasia alla marca d'Ancona. Per riferire l'espressione « *bella, quae fuerunt in marchia* » alla città di Roma, come fa il Fitting, conviene supporre che la parola *marchia* sia usata, non come termine tecnico, ma ad indicare semplicemente il territorio, che circonda una città qualsiasi. Ma tale uso si può ammettere da parte di uno scrittore italiano del secolo XIII? Bisognerebbe provarlo, benchè *marca* per *terra*, *paese* in generale si trovi in Dante ed altri antichi.

esset studium destructum et Bononiae inoleret, eius recuperatione facta Ravennae. ¹⁾ „

Questo passo della glossa è la principale fonte di Odofredo, il quale, ripetendone quasi letteralmente le parole, nel suo commento al *Digestum vetus* ²⁾ scrive: „ . . . cum *studium esset destructum Romae*, libri legales fuerunt deportati ad civitatem Ravennae et de Ravenna ad civitatem istam. „

Però nel commento al *Digestum Novum* Odofredo, dicendo in fondo la stessa cosa, non sa resistere alla tentazione di far pompa della sua scienza e cade invece subito in un errore grosolano:

“ Unde cum libri fuerunt inventi, apud nos primo non fuerunt, sed apud Romanos, postea apud Pentapolim, que postmodum dicta est Ravenna. Et dicebatur Pentapolis a πέντε, quod est quinque, quia facta fuit de quinque civitatibus et ab illa civitate ad istam civitatem fuerunt portata ista volumina, preterquam tres partes . . . Unde invenietis tres partes per se sine infortiatio. Ultimo fuit deportatus liber Novellarum . . . ³⁾

Ciò non bastava ancora. La glossa diceva: “cum Romae esset studium destructum „ non il perchè era stato distrutto e nemmeno la causa del passaggio a Ravenna. Era però ovvio il supporre, che causa della distruzione dello studio di Roma fossero state le guerre, che avevano desolato i territori confinanti. Da ciò la congettura, del resto ben giustificata, di Odofredo. Se poi lo studio da Roma era passato a Ravenna ciò voleva significare che Ravenna era una città molto importante, come si sapeva per

¹⁾ *Ad Infortiatum* (D. 24, 3) gl. *soluti matrimonio*. Il Passo di Pillio, *summa trium librorum*, XI, 18, riprodotto da un ms. Vaticano in CHIAPPELLI, *studio Bolognese*, p. 36, e prima da DENIFLE, *die Universitäten des M. A.*, 1885, p. 47 n. 28, non ha nessuna importanza per la storia della scuola di Roma. È la semplice affermazione della libertà d'insegnamento, naturale conseguenza della caduta dell'antico impero Romano. Cfr. TAMASSIA, *Odofredo*, p. 92. Erroneamente CHIAPPELLI, l. c. n. 1, dice il passo di Pillio essere stato riprodotto da Azzone, poichè la *Summa* ai *tres libri* stampata dopo la *Summa Codicis* di Azzone, è appunto l'opera di Pillio.

²⁾ In SAVIGNY, I, 672 e TAMASSIA, *Odofredo*, p. 88. In altro passo Odofredo non ricorda nemmeno la scuola di Roma, ma solo quella di Ravenna: « *studium fuit Ravennae et collapsa ea, fuit studium Bononiae* » (Cod. I, 2, auth. *qui res* in SAVIGNY, II, p. 21).

³⁾ *Domini ODOF.... Praelectiones in Dig. novum*, Lugduni, 1552, *Prooemium*.

tradizione ¹⁾ ed appariva anche dal fatto che essa constava di ben cinque città riunite.

La confusione che Odofredo fa tra la Pentapoli e Ravenna, che, come è noto, non nè faceva nemmeno parte, potrebbe essere anteriore a questo scrittore ed essere nata dall'aver frainteso un passo di Paolo Diacono (*Hist. Lang.* II, 19).

“ In qua (*Flaminia*) nobilissima urbium Ravenna et quinque aliae civitates consistunt, quae Greco vocabulo Pentapolim appellantur. ”

Infatti invece di *quae . . . appellantur* parecchi manoscritti di Paolo Diacono a partire dal secolo XI hanno *quam . . . appellant.* ²⁾

Le notizie sulla visita di Carlo Magno a Ravenna ³⁾, e probabilmente anche sul suo testamento, non sono false.

Nulla di più facile che copia del testamento di Carlo Magno conservatoci da Einhardo, ⁴⁾ si trovasse in Ravenna, poichè esso contiene un legato fatto alla chiesa di questa città ed è citato nel *liber Pontificalis* di Agnello ed usato ancora dal Rubeo. ⁵⁾

Odofredo poi era stato a Ravenna ambasciatore del comune di Bologna ed aveva una qualche conoscenza degli archivi Ravennati, poichè narra egli stesso di avervi visto il testamento *cuiusdam imperatoris* scritto in lettere d'oro di cattiva forma, ossia evidentemente antiche e di difficile lettura. ⁶⁾

1) Anche Buoncompagno, quasi contemporaneo di Odofredo, scrive nel suo *Assedio d'Ancona*, edito da Gaudenzi nel n. 15 del *Bull. dell'Istit. stor. italiano* (p. 166): « cum olim Ravenna inter civitates Italiae floreret.... »

2) Vedi l'apparato critico all'edizione dei *Mon. Germ.*, SS. rerum Langobardicarum, p. 83. Cfr. anche HIER. RUBI, *Hist. Ravennatum libri X*, Ven. 1589 p. 223 « neque vero desunt qui Ravennam ipsam urbem Pentapolin esse tradant.... Ravennae autem quinque partes eaeque nobilissimae fuere Classis, Caesarea, Ravenna, Palatiolum et Tauresium. Anche l'etimologia di Ravenna *a rate* oppure *a nave*, non è un'invenzione di Odofredo: cfr. infatti Giovanni da Cermenate in MURATORI, SS. IX, 1226, lo stesso Rubco p. 3-4 e DESIDERII SPRETI, *De amplitudine eversione et restauratione urbis Ravennae* etc. Rav. 1793 I p. 2. e la traduzione a pag. 97 colla nota corrispondente.

3) V. su di essa AGNELLI, *lib. Pontificalis* c. 165 in *SS. rer. lang.* p. 383-384 ed ancora Rubeo, o. c. I, V, p. 230.

4) *Vita Caroli* c. 33, *Mon. Germ.* SS. II pag. 461 e segg.

5) AGNELLI c. 170, I. c. p. 388: RUBI o. c. p. 235.

6) Cfr. TAMASSIA, *Odofredo*, p. 73.

Nella sua dimora a Ravenna egli avrà potuto anche facilmente aver conoscenza delle tradizioni locali.

Parlando poi delle *guerre, che erano state nella Marca*, Odofredo intendeva probabilmente accennare alla Marca d'Ancona,¹⁾ che egli doveva conoscere molto bene, essendovi stato giudice.²⁾ Anche qui può darsi, che egli si basasse su vaghe tradizioni locali.³⁾

Ad ogni modo la notizia non può avere nessun valore storico, specialmente per quanto riguarda la scuola di Roma.

Nulla dunque dimostra, che questa scuola sia scomparsa proprio nella seconda metà del secolo undecimo.

Vediamo invece se non sia estremamente probabile, che essa abbia dovuto soccombere in epoca molto più antica, ossia probabilmente per causa delle invasioni longobarde.

8. All'epoca, nella quale abbiamo per l'ultima volta notizia della scuola di Roma, succede una lunga serie di anni assai tristi per l'Italia invasa dai Longobardi, e per Roma continuamente minacciata da essi.

Basta scorrere il Registro di Gregorio Magno⁴⁾ per vedere quanto sia improbabile l'ipotesi, che Roma continuasse a permettersi il lusso di pubblici professori (il cui numero sarebbe anche stato ragguardevole, se si fosse voluto ottemperare alle prescrizioni del titolo citato del Codice Giustiniano), e ciò mentre non bastava il denaro per la difesa della città ed il riscatto dei prigionieri, che legati *a guisa di cani* erano condotti a vendere sui mercati di Francia.⁵⁾

I Bizantini, che a stento potevano difendere Ravenna, avevano, si può dire, abbandonato Roma a se stessa, e Gregorio, di

1) V. sopra p. 61. n. 2.

2) Cfr. TAMASSIA, *Paralipomeni Odofrediani*, in *Arch. Giurid.* LIV. 369 e segg.

3) Ricordo, senza voler dare al fatto nessunissima importanza, che Paolo Diacono (IV, 16) accenna ad una vittoria dei Longobardi di Spoleto sui Romani presso Camerino verso l'anno 600. Anche qui le parole di Paolo Diacono (...cum bello contra Romanos in Camerino gessisset...) potrebbero essere state fraintese.

4) I passi del Registro e delle altre opere di Gregorio Magno riferentisi ai Longobardi si possono vedere anche nel tomo primo del *Codice Diplomatico Longobardo* di C. Troya, al quale si potrebbe però fare qualche aggiunta.

5) GREG. MAGNI, *Epist.* V, 40 (TROYA, l. c., p. 360-361.)

cui pure si può dubitare che fosse poco propenso a favorire gli studi profani, ¹⁾ doveva coi denari della Chiesa sopperire a tutte le spese, che sarebbero state a carico del fisco imperiale. ²⁾ La città intanto si spopolava rapidamente e già incominciava a cadere in rovina. ³⁾

Mentre lo stesso Gregorio coll'animo angosciato dichiarava al popolo di non aver più la forza per continuare le omelie su Ezechiele, ⁴⁾ i professori di Roma, nuovi Archimedi, non avrebbero interrotto i loro studi e le loro lezioni? D'altra parte Gregorio Magno dice chiaramente che era cessata l'affluenza dei giovani, che prima accorrevano a Roma *cum proficere in hoc mundo voluissent*, ⁵⁾ e per quanto riguarda il diritto in ispecie, pare naturale, che nessuno pensasse più a dedicarsi ad uno studio, che richiedeva cinque anni, mentre pareva imminente la caduta di Roma in mano dei barbari.

Le condizioni d'Italia e di Roma peggiorarono ancora nel secolo settimo, anche per quanto riguarda la coltura d'ogni specie.

1) Sono note le accuse fatte a Gregorio Magno da scrittori antichi. Molti ne intrapresero la difesa e fra essi il TIRABOSCHI, *Storia della lett. ital.*, III, 99 e segg. Si veda però BARTOLI, *I primi due secoli della letteratura ital.* 1880, p. 185 ed (ivi citato) GIESEBRECHT, p. 4. contro il quale polemizza OZANAM p. 32 n. 1.

2) GREG. MAGNI, *Epist.* V, 21 (TROYA, I. c., p. 347.)

3) GREGORIUS I, *Hom. in Ezechielem*, I. II, hom. VI (OPERA OMNIA, Venetijs, V, 176), p. 70: Ipsa autem, quae aliquando mundi domina esse videbatur, qualis remanserit Roma conspiciamus. Immensis doloribus multipliciter attrita, desolatione civium, impressione hostium, frequentia ruinarum.... Ubi enim senatus? Ubi iam populus? Et tamen ipsos nos paucos, qui remansimus, adhuc quotidie gladii, adhuc quotidie innumerae tribulationes premunt..... Quia enim senatus deest, populus interiit, et tamen in paucis, qui sunt, dolores et gemitus quotidie multiplicantur, iam vacua ardet Roma.... ipsa quoque destrui aedificia videmus.... postquam defecerunt homines, etiam parietes cadunt. (TROYA, I. c., p. 367-69).

4) In Ezech. I. II hom. X (Opera Omnia, V, p. 125-126): Nemo autem me reprehendat si post hanc locutionem cessavero, quia, sicut omnes cernitis, nostrae tribulationes excreverunt: undique gladii circumfusi sumus, undique imminens mortis periculum timeamus. Alii detruncatis ad nos manibus redeunt, alii capti, alii interemti nuntiantur. Iam cogor linguam ab expositione retinere, quia *faedet animam meam vitae meae*.... Iam minus lectio animo dulcis est, etc. (si trova in parte anche nel TROYA, I. c. p. 370).

5) In Ezech. II, hom. VI cit.... pueri, adolescentes, iuvenes seculares et secularium filii huc undique concurrebant, cum proficere in hoc mundo voluissent..... Iam nemo ad eam currit, ut in hoc mundo proficiat.... (Il primo passo, che ci dà la spiegazione del secondo, manca in TROYA, I. c., p. 369.)

Ed infatti quanto rapidamente siano decaduti gli studi dopo la morte di Gregorio Magno (a. 604) si può dedurre in modo certo dalle due celebri lettere, che papa Agatone ed i 125 vescovi del Sinodo Romano inviarono nell'anno 680 agli imperatori Costantino, Eraclio e Tiberio, e che ci furono conservate nella quarta *actio* del concilio Costantinopolitano terzo. ¹⁾

Il papa, dovendo mandare legati a Costantinopoli, dichiara, che solo per obbedienza ha fatto ricerca di persone, "quales secundum temporis huius defectum ac servilis provinciae ²⁾ qualitatem poterant inveniri,, e le manda solo per obbedienza, non perchè abbia fiducia nella loro dottrina: poichè, aggiunge egli, come mai potrebbero avere piena conoscenza delle sacre scritture uomini posti in mezzo a barbari e viventi a stento col lavoro delle proprie mani? ³⁾

E i vescovi riuniti da ogni parte d'Italia ripetono la stessa cosa con maggior precisione, ⁴⁾ affermando di non credere che si

1) Testo greco e latino in MANSI, *Concil.* XI, 233 e segg. Gran parte del testo latino in BARONIO, *Annales* ad a. 630 (t. XII dell' edizione di Lucca 1742). I passi, che ci riguardano si trovano pure in TROVA, o. c. II, p. 548 e segg. Inutile dire che le due lettere sono citate dal Muratori (annali d'Italia ad a. 679 e *antiq. Ital. M. Aevi* diss. XLIII) dal Tiraboschi (*Storia della lett. ital.* ed. cit. III, p. 91-92 nota), dal GREGOROVIVS, *Storia della città di Roma*, II, p. 190, dal GIESEBRECHT, p. 5, OZANAM, p. 4 ecc. Muratori nelle *Antiquitates*, evidentemente per semplice svista, parla di Gregorio II anzichè di Agatone. Sulle condizioni dell' epoca, di cui trattiamo, il Giesebrecht p. 5 si esprime così: «Sed, utut est, dubitari nequit, quin exeunte saeculo sexto et ineunte septimo per totam Italiam litterarum et divinarum et humanarum conditio incredibili quadam velocitate lapsa et versa sit in ruinam, tantaque mox fuerit eorum infirmitas, ut vix esset sperandum, fore ut novum unquam cape-rent vigorem.»

2) Cfr. *ibid.* MANSI, col. 235: de hac servili (*δουλικῆς*) vestri serenissimi principatus Romana urbe....

3) MANSI, l. c., 235: Ideoque Christianissimi domini et filii... pro obedientia quam debuimus, non pro confidentia eorum scientiae, quos dirigimus, praesentes confamilios nostros.... curavimus demandare. Nam apud homines in medio gentium positos et de labore corporis quotidianum victum cum summa haesitatione conquirentes, quomodo ad plenum poterit inveniri scripturarum scientia....? E poco dopo: « non per eloquentiam saecularem, quae nec suppetit idiotis hominibus ».... e ancora (col. 238): Non enim nobis eorum scientia confidentiam dedit... *etc.*

4) MANSI, l. c., 287: perfecta vero scientia, si ad verae pietatis scientiam redigatur, sola est veritatis cognitio: si ad eloquentiam saecularem, non aestimamus quemquam temporibus nostris reperiri posse, qui de summitate scientiae gloriatur: quandoquidem in nostris regionibus diversarum gentium quotidie aestuat furor, nunc confligendo, nunc di-

potesse trovare fra di essi un uomo profondo nell'*eloquenza secolare*, poichè ovunque i barbari infuriavano e gli ecclesiastici, essendo scomparse le sostanze delle chiese, dovevano procacciarsi il vitto col proprio lavoro.

Si è osservato, che i vescovi del Sinodo Romano non dovevano essere *così balordi ed ignoranti come a lor piacere dire*; ¹⁾ e sia pure; ma non per questo è diminuita l'attendibilità e l'importanza delle due lettere, che ci svelano con tanta franchezza le tristi condizioni dell'epoca e le cause, che le avevano prodotte. E ne tenne infatti meritamente gran conto il compianto De Rossi nella *conclusione* della prima parte delle sue "*Inscriptiones christianae urbis Romae saeculo septimo antiquiores*.", conclusione, che vorremmo poter riportare qui per intero, perchè è una eloquente quanto autorevole dimostrazione dello stato miserando, nel quale si trovarono in Roma gli studi sacri e profani a partire dalla fine del secolo sesto. ²⁾

Per quanto riguarda in specie il diritto, è certamente degno di nota il fatto che nelle bolle dei Pontefici, che succedettero a Gregorio Magno per tutto il secolo settimo ed ottavo,

scurrendo ac rapiendo. Unde tota vita nostra sollicitudinibus plena est, quos gentium manus circumdat, et de labore corporis victus est, eo quod pristina ecclesiarum sustentatio paulatim per diversas calamitates deficiendo succubuit, et sola est nostra substantia fides nostra....

1) Così il TROVA, l. c. p. 556 e con lui il BERTOLINI, *Storia delle dominazioni germaniche in Italia*, 1832, p. 185 n. a.

2) DE ROSSI, *Inscriptiones*, I, 1857-61, p. 517-518. Diamo solo alcuni passi:... ut cives et populus vix ullas iam litteras nossent; ipsi sacrorum ministri et summi quoque ecclesiarum antistites scientiae publice diffident suae.... Haec non modo profanarum sed et sacrarum litterarum in Urbe et in urbanis ipsis sacerdotibus miserrima conditio erat! Nunc quis miretur epitaphia a Romanis civibus septimo saeculo posita fere nulla me reperisse? Quem igitur operi huic meo finem esse volui, idem et veteris rei epigraphicae Romanae ultimus fere habendus finis est. Exeunte saeculo sexto titulus sepulcris passim incidi Romanae plane desuetum.... Quare ad paucos grammaticos, si qui in Urbe *miraculi* instar his annis fuerunt, res epigraphica tota devenerat; eorumque incomptis epigrammatibus vix quidquam praeter Romanae ecclesiae pontifices, presbyteros, ministros et opera ab his facta, laudatur... Adeo perditae et plane eversae Romanorum civium fortunae erant et litterae,

non si trovò finora nessuna citazione di fonti giuridiche Romane. ¹⁾

Della misera condizione degli studi letterari in Roma sul finire del secolo ottavo ci fa valida testimonianza uno scrittore di non dubbia autorità, Paolo Diacono, il quale nella sua vita di Gregorio Magno, parlando degli studi giovanili di questo papa, usa la frase "*quamvis eo tempore florent adhuc Romae studia litterarum*", mostrando così che in Roma, all'epoca, nella quale scriveva, tali studi più non fiorivano. ²⁾

Avvenne poi il grande fatto del ristabilimento dell'impero Romano d'Occidente in persona di Carlo Magno, ma questo avvenimento, che deve certamente aver dato nuovo alimento e conforto al sentimento nazionale degli Italiani e in primo luogo dei Romani, non fu seguito da un notevole risveglio degli studi in genere e di quelli di diritto in ispecie. Alcuni hanno affermato, che l'influenza di Carlo Magno sulla coltura italiana può essere stata più dannosa, che utile. ³⁾ Certo, se anche benefica ⁴⁾, non fu duratura.

Frattanto in Roma il diritto romano non era certo stato dimenticato, nè soppiantato da altri diritti, ma non aveva neppure l'assoluto ed incontrastato dominio. ⁵⁾

1) Il CONRAT, *Gesch.* I, p. 9 e 15, da Gregorio Magno è costretto a passare addirittura ad Eugenio II (824-827). Si aggiunga però una citazione delle Novelle nella lettera di papa Leone III ai vescovi Bavari dell'11 Aprile 800 a proposito dei gradi di parentela « et in novellis Romanorum legibus instar invenitur » (IAFFE 2^a ed. n. 2503: cf. E. LÖNING *Gesch. d. des Kirchenrechts*, II, 1878, p. 559, n. 1.)

2) *Disciplinis vero liberalibus h. e. grammatica, rhetorica, dialectica ita a puero est institutus ut, quamvis eo tempore florent adhuc Romae studia litterarum, tamen nulli in urbe ipsa secundus esse putaretur.* (in GREG. M. *opera omnia*, Parisiis 1705, IV, 1 apud Giesebrecht o. c. p. 4 n. 3.) Forse a questo passo attinge Giovanni Diacono, monaco Cassinese del secolo nono, nella sua *Vita S. Gregorii*, l. II, c. XII, stampata nella stessa edizione delle opere di Gregorio Magno: « Tunc rerum sapientia Romae sibi templum visibiliter quodammodo fabricarat... ecc. Che Carlo Magno, proprio da Roma, abbia condotto in Francia *artis grammaticae et computatoriae magistros* » è attestato solo da uno scrittore del secolo XI, Ademaro di Chabannes (cf. FITTING, *Bologna* p. 36 n. d.) e poco si accorderebbe con quanto sappiamo da Paolo Diacono.

3) BARTOLI, o. c. p. 187. Il FITTING, *Bologna*, p. 36 cita le note prescrizioni dei concili Romani dell'826 ed 853, dove si tratta però sempre dello studio delle arti liberali.

4) Cfr. DE ROSSI, *Inscriptiones*, II, 1, 1888, p. 133.

5) Il Savigny, o. c. I, p. 395, fondandosi sulla lettera di Leone IV, della quale ora diremo, scrive addirittura « sembra essersi temuta l'abolizione del diritto romano », ma è certo un'esagerazione. Nè si poteva pensare ad abolire il diritto romano proprio in Roma, mentre era rispettato in tutto l'impero.

A questo proposito non si può dare una grande importanza alla lettera di papa Leone IV, il quale, forse per un caso speciale, supplicava l'imperatore Lotario di mantenere incolumi le leggi romane, che si erano conservate ad onta di tante procelle.¹⁾ Ma piuttosto strana riesce la disposizione della costituzione Romana dell'anno 824, colla quale Lotario ordina " ut cunctus populus Romanus interrogetur qua lege vult vivere, ut tali, qua se professi fuerint vivere velle, vivant, illisque denuntietur, quod hoc unusquisque sciat tam duces quam et iudices vel reliquus populus, quod si in offensione sua contra eandem legem fecerint, eidem legi quam profitentur per dispositionem pontificis ac nostram subiacebunt."²⁾

Questa costituzione fu interpretata in due modi diversi: alcuni cioè intesero, che il popolo Romano dovesse, con una specie di plebiscito, dichiarare collettivamente quale fosse la legge da seguirsi in Roma,³⁾ altri " che ciascun abitante di Roma sia stato singolarmente interpellato e che la dichiarazione da lui fatta abbia aggregato lui e i suoi discendenti alla gente per esso designata. „⁴⁾

Per parte mia propenderei per questa seconda interpretazione, pur riconoscendo che l'espressione *cunctus populus Romanus* sembra favorire la prima.

Mi parrebbe infatti strano, che si volesse imporre ai soli abitanti di Roma un diritto territoriale, e dato anche questo, non crederei che la popolazione straniera venuta ad abitare Roma fosse così numerosa e così grande la confusione, da rendere necessario una

1) Vestram flagitamus clementiam, ut sicut hactenus Romana lex viguit absque universis procellis, et quod pro nullius persona hominis remittitur esse corrupta, ita nunc suum robur proprium et vigorem habeat. (cfr. CONRAT, *Gesch.* I, 16, n. 2). In altra lettera il papa scrive: « Valde indignum est, futuris gentibus etiam contrarium, tam gloriosam legem, quam multi retro custodierunt imperatores, nunc suam vim perdere ac iniuste damnari. (*ibid* n. 4)

2) *Capitularia*, ed. BORETIUS, I, 323, c. 5.

3) Così SALVIOLI, *Storia del dir. ital.* I^a ed., p. 48.

4) SAVIGNY, I, p. 87. Così pure HEGEL, *Storia della costituzione dei municipii italiani* (trad.), 1851, p. 220 e GIESEBRECHT, *delle condizioni municipali di Roma nel X secolo*, in appendice all'opera precedente, p. 688.

specie di censimento per sapere quale fosse la nazionalità predominante.

Ad ogni modo con qualunque delle due interpretazioni bisogna pur sempre ammettere, che gli abitanti di Roma viventi a legge Germanica non dovevano essere in quantità facilmente trascurabile.

Solo l'incontestabile prevalenza dell' elemento latino fece sì, che il diritto romano finì coll'imporsi in Roma come legge territoriale, non senza fieri contrasti, ai quali avrebbe dovuto porre termine la celebre costituzione di Corrado II diretta ai giudici Romani nella prima metà del secolo undecimo ¹⁾

Ritornando a Lotario, è probabile, che ad un suo tentativo per ricondurre il diritto Romano al pristino stato, e forse precisamente alla citata costituzione dell'824, si riferiscano alcuni versi, ²⁾ che credo sfuggiti finora ai cultori della storia del diritto romano nel Medio Evo:

Leges a senibus patribus actas,
Quas elapsa diu raserat etas,
Omnes ut fuerant ipse reformans
Romanis studuit reddere causis.

Ad ogni modo dell' opera di Lotario in favore del diritto romano non resta traccia, all' infuori di questi poveri versi, e d'altra parte essa mirava certo alla pratica, non allo studio scientifico del diritto.

1) *Mandatum de lege Romana* (1027-1033) in *Mon. Germ. L.L. s. IV, Constitutiones*, p. 82. Già nel placito del 4 aprile 998 (HÖBNER, n. 1119, ora pubblicato anche frai diplomi di Ottone III nei *Mon. Germ.* al n. 273) appare, che i giudici Romani ignoravano, o fingevano d'ignorare, il diritto longobardo, e pretendevano d'imporre il diritto romano come legge territoriale anche a chi professava legge longobarda (... velis nolis, legem Romanam habes facere...). Ma l'imperatore diede loro torto, in opposizione a quanto si potrebbe congetturare dalla celebre formola, attribuita appunto all'epoca di Ottone III, e della quale parleremo fra poco.

2) DE ROSSI, *Inscriptiones*, II, 1, p. 302, n. 2 da un ms., che sembra del sec. XI. I versi furono scritti in Roma all'epoca della morte di Lotario, ossia verso l'855. Così almeno affermano il Baronio ed il De Rossi, non senza buone ragioni. Altri invece credono che non si tratti di Lotario, ma bensì dell'Imperatore Enrico II, morto nel 1056 (cfr. DE ROSSI, l. c.) Se fosse vera questa seconda ipotesi, i versi avrebbero per noi anche maggiore importanza, riferendosi all'epoca, nella quale incominciava appunto a risorgere lo studio del diritto Romano.

Tanto meno vi è ragione di credere che gli studi potessero risorgere in Roma nella seconda metà del secolo nono e specialmente nel secolo decimo, epoche di congiure, tumulti, anarchia e corruzione sfacciata.

Appunto sul finire del secolo decimo, cioè nell'anno 991, Arnolfo vescovo di Orleans, o più tosto, secondo quanto già osservò il Muratori, lo stesso dottissimo Gerberto, che fu poi papa Silvestro II, accusa tutto il clero Romano di crassa ignoranza, dicendo ¹⁾ « sed cum hoc tempore Romae nullus pene sit, ut fama est, qui litteras didicerit, sine quibus, ut scriptum est, vix hostiarius efficitur, qua fronte aliquis eorum docere audebit quod minime didicit? ». Erano senza dubbio esagerazioni e, se si vuole, anche calunnie: ma, come ben dice il Muratori, non si farebbe *data a Roma quella taccia, se non vi fosse stata qualche apparenza di vero*, e soprattutto, aggiungiamo, se Roma avesse avuto delle scuole di qualche nome.

Quanto al diritto romano, va osservato, che mentre nel secolo nono le citazioni di leggi romane da parte dei pontefici sono abbastanza frequenti, nel secolo decimo mancano si può dire quasi intieramente, poichè il Conrat trovò solo una lettera di Benedetto VI (972-974), che cita vagamente le *mundanae leges* ²⁾.

Negli ultimi anni del secolo decimo abbiamo l'infelice tentativo di Ottone III, il quale, figlio di una principessa bizantina, sognò di poter ricostituire l'antico impero Romano, cancellando cinque secoli di storia. Allora le antiche magistrature sono ristabilite, la cittadinanza romana viene di nuovo concessa con grande solennità, e l'imperatore stesso, secondo la nota formola, consegna al nuovo giudice il *librum Codicum*, ordinandogli « secundum

1) GERBERTI, *Acta concilii Remensis* in *Mon. Germ. SS.* III, 673. Contro si adduce un passo di Raterio vescovo di Verona, morto nel 974 « Quid enim de ecclesiasticis dogmatibus alicubi scitur, quod Romae ignoretur? ecc. » (*Opera*, p. 440): ma osserva Giesebrecht p. 5 n. 2 « Ratherius tum Romae non fuerat, maximeque eius intererat gratiam benevolentiamque Romanorum sibi concillare ». Eguali considerazioni fa il Gregorovius, III, 604 n. 1. Del resto è certo notevole il fatto, che l'ignoranza del clero Romano è in qualche modo confessata da Leone, legato pontificio, nella sua risposta agli attacchi del clero francese. (*Leonis Epistola* in *Mon. Germ. SS.* III, 687, citata anche da GREGOROVIVS, v, 603-604.)

2) Cf. CONRAT, *Gesch.* I, 15 e segg.

hunc librum iudica Romam et Leonianam orbemque universum.,¹⁾

Si potrebbe credere, che in quest'epoca, unica si può dire nella storia di Roma medievale, lo studio del diritto romano risorgesse. Ma pur troppo i documenti contemporanei ci tolgono ogni illusione.

Nel famoso placito romano tenutosi nel 999 in presenza di Ottone III, i giudici Romani interrogati dall' imperatore, citano come legge ed opera di Giustiniano un testo della *Summa Perusina*.²⁾ Questa *Summa* è citata pure come *lex Romana* nello stesso placito³⁾ e come *lex Iustiniana e liber iudicialis* in un placito del 1014⁴⁾; di più un placito del 1012, senza citarla apertamente, si riferisce senza dubbio ad essa⁵⁾. Così la *Summa* aveva preso in

1) V. le famose formole stampate in fine della *Graphia aureae urbis Romae* in OZANAM p. 182-83, in *Mon. Germ. LL.* IV p. 662, in FITTING, *Türiner Institutionen* p. 100 e altrove. Colla formola, di cui abbiamo citato qualche parola, si può confrontare quella posteriore, che Muratori trasse da Cencio Camerario e pubblicò in *Antiq. Ital.* I diss. XII, col. 687. Attribuendo le formole all'epoca di Ottone III seguo l'opinione comune, benchè la cosa non sia certa. Infatti, se le formole facessero realmente parte della *Graphia*, si dovrebbe forse ritenerle molto posteriori. Ma se esse si trovano scritte da mano del secolo XI nel ms. Vaticano 4917 già inutile in fine come nella *Graphia* e nel ms. Vaticano 1983 del secolo XV, conviene forse ritenere falso quanto scrive il Blutme, che cioè le formole provengano *ex uno eodemque graphiae antiquo codice*, ed ammettere invece che da un ms. mutilo affine al Vaticano 4317 siano passate le formole nell'unico ms. della *Graphia*, cioè il Laurenziano del secolo XIII o XIV. Del resto la questione sull'epoca della *Graphia* e sui rapporti di questa operetta coi *Mirabilia urbis Romae* si può vedere egregiamente riassunta in GRAF, *Roma nelle memorie e nelle immaginazioni del Medio Evo*, I, 1882, p. 60 e segg.

2) *Regesto di Farfa* n. 437 (HÜBNER n. 1139), ora pubblicato anche in *Mon. Germ. Diplom.* II, 699 ...secundum legem.... Quia Iustinianus imperator praecipit: Contumacem etc. Item in alio loco idem imperator dicit: Litigator etc. Si cita la *Summa Perusina* 7, 43 legge 9 ed 8.

3) ...neque ipsum brevem ad manum collationis perducere sicut lex praecipit romana... Gli editori dei *Mon. Germ.* corressero *manus collationem* ma a torto, trattandosi di espressione della *Summa Perusina* divenuta tecnica. Infatti nella *Summa* IV, 21, 20 si legge: « manus collationis fiet, ut primitus alterius documentus fiat, et ex ipso documento fiet manus collationis. Cfr. anche la legge 13 e in seguito nota 5. Nei *Summaria* dell'*Epitome Iuliani*, i quali, a mio avviso, sono probabilmente d'origine romana, si legge più correttamente (cap. 177; HAENEL p. 212) *Collationes manus*.

4) *Regesto di Farfa* doc. 432 (HÜBNER n. 1200): Mox collatis iustinianae et langobardorum capitulis legum.... Contumace etc. Et cum tantam auctoritatem legum pontifex audisset.... propter iudicialis libri sententiam....

5) *Regesto di Farfa* doc. 658 (HÜBNER n. 1183) praecipit ut venirent aliae chartae... quas vulgo manus collationis dicimus....

Roma il posto del Codice di Giustiniano ancora usato nel testo genuino durante il secolo nono, e che ricompare solo, per quanto mi è noto, nell'anno 1060. ¹⁾

Non è quindi inverosimile l'ipotesi di Conrat, ²⁾ che anche il *librum Codicum*, che l'imperatore avrebbe consegnato ai nuovi giudici, non fosse se non la *Summa Perusina*, che è appunto la fonte, che troviamo in realtà usata.

Ad ogni modo tanto favore incontrato da uno dei più magri e barbari compendi, che si conoscano, basta a dimostrare come il diritto romano, lungi dall'essere ancora studiato scientificamente, fosse anche frai pratici ridotto alle più misere condizioni, e come benissimo dica l'autore delle *Questiones*, di cui ci occupiamo, " non modo studia, set et ipsi libri legitimae scientiae fere perierant. „ ³⁾

Del resto, prendendo per guida l'indice dell'Hübner, ⁴⁾ ho scorsi tutti i placiti di Roma e del suo territorio pubblicati in fonti presentemente a me accessibili, e l'esame di tali documenti valse solo a farmi ricordare l'osservazione del Ficker, ⁵⁾ che se realmente vi è stata una scuola di diritto, questa ha esercitato ben poca influenza sulla pratica o non ha servito ad impedire

1) Nel documento, tante volte citato, che è nel *Reg. di Farfa* n. 906 e in FICKER n. 67 (HÜBNER n. 1424). Nel secolo nono il codice Giustiniano è usato almeno nelle lettere pontificie. V. CONRAT, *Gesch.*, I, p. 15 e segg.

2) *Geschichte*, I, p. 56-57, dove sono già indicati i documenti citati sopra p. 72, n. 2 e 4. Anche la *Lectio legum*, in cui è usata la *Summa Perusina* e che ci fu conservata da un ms. proveniente da Veroli, appartiene probabilmente al territorio Romano.

3) *Questiones*, IV, 9 p. 57. FITTING, p. 28 sostiene che l'epoca, alla quale accenna l'autore delle *Questiones*, è il principio del regno di Ottone I, ma è ovvio osservare che le espressioni usate dello scrittore nel passo citato, sul quale ritorneremo in seguito, debbono invece necessariamente colpire almeno tutti gli imperatori, le cui leggi furono accolte nelle compilazioni longobarde, e che quindi il periodo, in cui i *libri legali* erano quasi periti, giunge almeno fino alla metà del secolo undecimo.

4) *Gerichtsurkunden der fränk. Zeit*, 2^{te} Abth. (Italia), 1893 (dalla *Zeitschr. der Sav. Stift. für RG.* XIV).

5) *Brachylogus*, p. 15. Per quanto riguarda la lingua, il Bresslau, *Handbuch der Urkundenlehre*, I, 1889, p. 560 osserva che già nel secolo ottavo i documenti di Roma e di Ravenna non sono meno corrotti di quelli del regno Longobardo.

che il diritto romano fosse intieramente snaturato.¹⁾ Ora anche la scuola di Bologna ebbe da principio un indirizzo forse più dottrinario, che pratico, ma non per questo fu minore la sua influenza anche sulla pratica, mentre il fenomeno, che sarebbe avvenuto a Roma, non potrebbe assolutamente spiegarsi.

1) Naturalmente non mancano accenni a principi del diritto romano, ma scarsi e tali, che, come nota il Ficker, l. c., se non sapessimo che le fonti romane erano così oscure, potremmo benissimo spiegarli ammettendo semplicemente l'uso di antichi formulari notarili. Ecco alcuni esempi: placito Romano dell'850 (HÜBNER, n. 744: MURATORI, *Antiq. It. M. Aevi*, VI, 391) ...uniuscuiusque rei possessio talis debet esse, ut principium possessionis in se nullum habeat vitium.... plac. Romano del 958 (HÜBNER, n. 1121: *Regesto di Farfa* III, p. 141, n. 428).... Omne vero pactum, quod homines faciunt, placitum vocatur, et propter hoc dicitur placitum quia ambabus partibus placet... (Qui pare si debba ammettere una lontana reminiscenza di Dig. II, 14, 1: Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. Inutile dire, che ciò non prova punto l'uso diretto del digesto, trattandosi probabilmente di un testo tralatizio): plac. Romano del 1011 (HÜBNER, n. 1181: *Reg. di Farfa*, IV p. 13 n. 616) ...et iudicaverunt quod nulla ratione posset removeri nec deberet illud iudicium quod *semel* tam diligenter tamque consulte *diffinitum est*, et maxime quod iussu regis et papae tam firmiter et inviolabiliter terminatum est... (Il testo, che più si accosta alla parole del nostro documento è, per quanto ora ricordo, un passo di una nota lettera di Nicolò I a Carlo il Calvo (IAFFÉ 2872: MANSI XV, 319 ep. 50) ...quoniam *quod bene semel diffinitum est* et interpositis iuramentis deliberatum, nulla debet iteratione, nisi fortasse *ubi fuerit maior auctoritas retractari*.... passo, che venne accolto anche in parecchie collezioni canoniche, e che può alla sua volta essere confrontato con *Edictum Theodorici*, c. 106. Padelletti e Bluhme riavvicinano questo capitolo a Dig. XII, 2, 31, 7: XLII, 1, 1, 56, ma vera fonte è invece la costituzione di Antonino, che è in *Cod. Inst.* IV, 1, 1.) Alcune volte non si sa bene quale sia la legge romana applicata. Così in un placito del 994 (HÜBNER n. 1090: *Reg. di Farfa* III, 120 n. 411: FICKER, *Urkunden* p. 53 n. 36) trattandosi di occupazione violenta di un immobile « iudicavit suprascriptus franco iudex (*de civitate castellana*), quod lex romana iubet, ut ipsum suprascriptum casalem in quadruplum restituat cum ipsis frugibus eiusdem casalis... Analogamente si giudica in Roma per un caso identico nel 1013 (HÜBNER, n. 1191: *Reg. di Farfa* IV, p. 34, n. 637) ...ad haec magnum placitum super ipsum Cuccionem intransitum, ut quater tantam vineam et terram componere deberet propter virtutem, quam exinde gesserat. » In diritto romano si distingueva fra l'*invasor* e il *raptor*, dando contro quest'ultimo l'*actio vibonorum raptorum*, quae est intra annum quadrupli, mentre invece l'*invasor* dell'immobile altrui era tenuto solo in *duplum*. (Per un caso speciale, in cui Pomponio credeva potesse competere l'*actio quod metus causa*, la quale, quando fosse negata la restituzione, conduceva ad una condanna in *quadruplum*, v. Dig. IV, 2, 9 pr; XLIII, 16, 5). I nostri documenti estendono dunque all'*invasor* le disposizioni, che si riferivano esclusivamente al *raptor*. A questo proposito notiamo che la *Lectio legum* riproduce una legge della *Summa Perusina* (8, 4, 7) sull'*invasor*, aggiungendo erroneamente un *quadruplum*, che sembra sia stato poi cancellato: si quis ausus proprio rem occupavit, si sua est amittit, aliena et ipsam estimationem rei reddet quadruplum. (CONRAT, *Gesch.* I, 208 n. 1).

Alcuni dei documenti, in cui è usata la *Summa Perusina*, appartengono già al secolo undecimo. Infatti anche in questo secolo la coltura di Roma è in uno stato deplorabile tanto, che, senza voler seguire il Gregorovius ¹⁾ nelle sue esagerazioni, dobbiamo ammettere che altre parti d'Italia si trovavano in condizioni molto migliori, specialmente a partire dalla metà del secolo.

Ce ne fa forse fede anche il famoso passo del *Tetralogus Wiponis*, ²⁾ dedicato verso il 1040 ad Enrico III, e tante volte citato:

Tunc fac edictum per terram Teutonicorum
 Quilibet ut dives sibi natos instruat omnes
 Litterulis, legemque suam persuadeat illis,
 Ut, cum principibus placitandi venerit usus,
 Quisque suis libris exemplum proferat illis.
Moribus his dudum vivebat Roma decenter.
His studiis tantos potuit vincere tyrannos;
 Hoc servant Itali post prima crepundia cuncti
 Et sudare scolis mandatur tota iuventus.

Pare infatti che i Romani non siano qui compresi fra gli *Itali*, e che l'autore lodi Roma antica e l'Italia del suo tempo ossia l'Italia superiore, alla quale in pratica si era andato restringendo il nome d'Italia. ³⁾

È poi. notissimo il passo del Cardinale Attone, ⁴⁾ il quale all'epoca di Gregorio VII indica come cause dell'ignoranza del

1) *Storia della città di Roma*, III, 347 e segg.

2) *Mon. Germ. Hist.* SS. XI, 251 verso 190 e segg.

3) V. i testi raccolti colla consueta dottrina e diligenza dal CIPOLLA, *Il trattato de Monarchia di Dante Alighieri*, Torino, 1892 (dalle *Memorie della R. Acc. delle Scienze*) p. 44 e segg. Del resto sul citato passo di Wipone, come anche sull'altro notissimo della *Vita Lanfranci* di Milone Crispino, sono da vedersi le giuste osservazioni di DRESNER, *Kultur- und Sittengesch. der ital. Geistlichkeit in 10 und 11 Jahrh.*, 1890, p. 374, 375., ed in generale tutta l'appendice (p. 373 e segg.), che tratta della coltura dei laici. Sul clero v. specialmente p. 178 e segg. Per altro il Dresner, che non è un giurista, è poco al corrente delle questioni, che riguardano la storia del diritto Romano nel M. E., tanto da addurre come una novità il documento Aretino del 752, che conterrebbe una citazione del Digesto, e sarebbe sconosciuto a Mommsen, Fitting e Conrat. (v. p. 207, n. 5).

4) *Proem. Capitularis ad canonicos eccl. s. Marci* in MAI, *scriptorum veterum nova collectio*, VI, 60, citato poi da Giesebrecht, Gregorovius, Fitting ecc.: scio... quod duae causae sunt ignorantiae vestrae, una quod aegritudo loci extraneos, qui vos doceant, hic habitare non sinit, alia quod paupertas vos ad extranea loca ad descendum non permittit abire.

suo clero l'insalubrità del clima di Roma, che non permetteva a forestieri di tenervi scuola, e la povertà degli ecclesiastici Romani, che non potevano recarsi a studiare altrove. Infatti i pochi, che potevano farlo accorrevano già a studiare a Parigi, dove era stato lo stesso Gregorio VII e si recò in seguito, in principio del secolo duodecimo, il figlio di Pier di Leone, che fu poi l'antipapa Anacleto. ¹⁾

Ora, se in Roma erano tanto decaduti gli studi sacri, come si può credere, che si conservasse la scuola di diritto?

Non è però vero, che Roma rimanesso affatto estranea al movimento generale d'Italia, come vuole il Gregorovius. Infatti mentre fino al 1053 le lettere pontificie, ci danno, per quanto finora è noto, ²⁾ due sole citazioni dell'Epitome di Giuliano, in seguito troviamo usate le Istituzioni, il Codice, l'Epitome di Giuliano e forse, nell'anno 1088, perfino il *Digestum vetus*.³⁾

Intanto anche nei placiti il Codice genuino ha ripreso il posto della *Summa Perusina*. Così nel placito citato del 1060 ⁴⁾ sono riportate più o meno letteralmente due costituzioni del Codice cioè 7, 65, 1 e 7, 52, 6. Quest'ultima si trova anche in un placito romano del 1072. ⁵⁾ Abbiamo poi il famoso placito del 1107, in cui, secondo la notizia redattane da uno degli avversari, questi avrebbe risposto con un certo sfoggio di citazione e sottigliezza di ragionamento alle obiezioni tanto sottili quanto frivole

1) V. GREGOROVIVS, o. c., III, 480; MURATORI, *Antiq. Diss.* XLIV (ed. ital. cit. II, 2, p. 340.); AMATI, l. c. p. CXIV.

2) CONRAT, *Gesch.* I, 27-28.

3) CONRAT, l. c.

4) V. sopra p. 73, n. I.

5) *Reg. di Farfa*, v, p. 9 n. 1006 (HÜBNER, n. 1443): Haec enim divus iustinianus perpendens, oportuna imperiali sanctione corroborans ait « Gesta etc. Lo stesso testo si trova anche in un placito del 1070 nel *Chron. Farfense* (MURATORI, *Rer. Ital. Script.* II, 2, 597) citato da FICKER, *Ueber die Zeit*, p. 46 con questa osservazione pessimista » Das führt uns doch wohl ziemlich bestimmt auf Formulare; dass die Rechtskunde der Indices fortgeschritten ist, wird sich nach jenen Anhaltspunkten kaum mit Sicherheit behaupten lassen; es scheint nur, dass im elften Jahrhunderte Formulare in Gebrauch kamen, in welchen Anführungen, welche theilweise schon früher üblich waren, nun mit den Worten der Quellen selbst gegeben wurden. » Anche le parole, che precedono il testo sono presso a poco le stesse: « sicut divus iustinianus Imperiali sanctione iniquius indidit: Gesta etc.

dell'altro. Sono usate le Istituzioni, il Codice ed il *Digestum vetus*.¹⁾

Ma con questo placito, nel quale anche il Ficker riconosce l'influenza di un nuovo indirizzo scientifico, ²⁾ siamo entrati nel secolo duodecimo, nel periodo bolognese.

Nella medesima epoca l'autore della collezione Britannica, forse compilata in Roma, vi accoglie la nota raccolta di estratti delle Istituzioni e delle Pandette, ³⁾ mentre nel secolo precedente la letteratura clericale italiana, come la chiama il Conrat, aveva fatto un uso assai scarso delle fonti romane. ⁴⁾

Poco dopo la collezione di canoni del cardinale Gregorio,⁵⁾

1) FICKER, *Urkunden*, p. 136 n. 92 (HÜBNER, n. 153) ...cum actio sit ius persequendi in iudicio quod sibi debetur (*Inst.* 4, 6, pr.) ...cum imperatores Honorius et Theodosius Augusti, peritissimi nostri iuris, asserunt ita: «quae ergo ante non motae sunt actiones etc. (*Cod.* 7, 39, 3 § 1) ...cum nota sit regula iuris: nulla videtur esse actio, quae per exceptionem inanis efficitur (cfr. *Dig.* 4, 3, 7 § 8 ...debere dici, quasi nulla sit actio quae exceptione repellitur: v. anche *Dig.* 50, 17, 112):... teste Iustiniano, qui in quadam sua constitutione sic dominum rei, qui de possessione ceciderat et postea eam recuperaverat, novum possessorem vocat.... Merita anche di essere veduto un placito del 1108 (HÜBNER, n. 1540), pubblicato in modo scorrettissimo da UGHELLI, *Italia sacra* I, 354, ma che dimostra nei due causidici una notevole coltura giuridica: Causidicus ecclesiae petiit fieri satisfactiones iudicio sisti et iudicaverunt (*leggi* iudicatum) solvi cum caeteris clausulis. Ad haec Causidicus illorum dixit non debere satisfdari, nisi prius constaret actionem competentem. Causidicus Ecclesiae legaliter ostendit post narrationem et responsionem statim debere fieri satisfactiones. Ad haec adversarius Causidicus petiit edi actionem. Ecclesiae Causidicus de rebus invasis proponit tribus actiones (?), scilicet in rem, conditionem ex lege, et interdictum, unde Iudex his (*leggi* interdictum unde vi: de aliis) vero rebus iniuste ab eis possessis proposuit actionem in personam et in re et hypothecatas (*l. - cariam*): deinde Episcopo praeparante se ad satisfactionem praesentis (?) fideiussoribus, Comes allocutus est, sic dicens secundum pactionem secularium potestatum competere sibi ius exigendi invictam aperte victa (*leggi* multam a parte victa) Non so se il documento sia meglio pubblicato dal PALMA, *storia eccl. e civile di Teramo*, 1832-36, I, 136, non avendo mezzo di consultarlo. Del resto ho citato questo documento solo per la sua importanza, poichè certo l'Hübner è caduto in equivoco ritenendo che si tratti di un placito tenuto a Roma, anzichè a Teramo. Alcune delle correzioni proposte sono di SAVIGNY, o. c. I p. 417, n. k.

2) FICKER, *Urkunden*, l. c.

3) CONRAT, *Der Pandekten — und Institutionenauzug der Brittlischen Dekretalen-sammlung Quelle des Ivo*, Berlin, 1887: *Gesch. der Quellen* I, 370 e segg. cfr. 345 e segg., 351 e segg.

4) CONRAT, *Gesch. der Quellen*, I, 363 e segg.

5) V. specialmente HÜFFER, *Beiträge zur Gesch. der Quellen des Kirchenrechts und des röm. Rechts im M. A.*, 1862, p. 67 e segg.; cfr. CONRAT, o. c. p. 374-375. Del cardinale Gregorio si ha notizia negli anni 1111-1113: egli era certamente morto già nel Gennaio del 1118 (HÜFFER, l. c. p. 82-83).

detta con nome greco Policarpo, dimostra nel suo autore una discreta conoscenza delle fonti, trovandovisi usato anche il *digestum novum*, e, cosa notevole, secondo il testo volgare Bolognese.

Infine nel 1140 troviamo prova di una notevole coltura giuridica nel ricorso dei monaci di Grottaferrata al Pontefice Innocenzo II, documento illustrato con grande dottrina dal compianto Alibrandi, ¹⁾ e poco dopo vediamo, che S. Bernardo rimprovera papa Eugenio III, perchè nel suo palazzo si dà ascolto più alle leggi di Giustiniano, che a quelle del Signore. " Quotidie perstreput in palatio tuo leges; sed Iustiniani, non domini. ²⁾ „

. Presso a poco in quest'epoca dovrebbero, a mio avviso, essere state compilate anche le *questiones de iuris subtilitatibus*.

9. Prima però di esporre gli argomenti in favore di questa ipotesi, per dimostrare sempre meglio quanto sia poco probabile la durata della scuola di Roma durante tutto il M. E., esamineremo gli altri scritti attribuiti da Fitting a questa scuola.

Vediamo dunque anzitutto delle formole processuali.

Queste formole hanno ormai una ricca letteratura. ³⁾

Esse fanno parte dell'Appendice alle *exceptiones Petri* nell'edizione principe di Strassburgo dell'anno 1500 e nel ms. di Praga, che per comune consenso ⁴⁾ è giudicato forse ancora della prima metà del secolo XIII.

Inoltre si trovano in forma più corretta nel ms. Parigino 4422, parimenti del secolo XIII, in appendice alle Istituzioni di

1) Osservazioni giuridiche sopra un ricorso de' monaci di Grottaferrata al Pontefice Innocenzo II, in *Studi e Doc. di Storia e Diritto*, VIII, 1887, p. 201-212. Il documento era stato pubblicato nello stesso periodico, VII, p. 111-113. Alibrandi, p. 207, ha rilevato una notevole analogia fra un'espressione del ricorso ed un passo dello scritto di Placentino, *de varietate actionum*. Evidentemente Placentino usa nel passo in questione una frase tradizionale nella scuola di Bologna.

2) Il passo è già citato da Donato Ant. d'Asti, *dell'uso e autorità della ragion civile*, II, 1722, p. 23.

3) STINTZING, in *Zeitschr. für Rechtsgesch.* V, 331-340; MOMMSEN, *ibid.* VI, 82-89; IAFFE, *ibid.* 90-95; STINTZING, *ibid.* 269-278 e *Gesch. der populären Liter.* etc. 1867, p. 550; FITTING, *Iur. Schrift.* p. 76 e segg.; PADELLETTI, *Arch. giur.* I. c.; CONRAT, *Epitome Exactis Regibus*, CXX e segg.; *Geschichte*, p. 515 e segg.

4) SAVIGNY, *Storia del dir. Rom.* I, 356; SCHULTE, *Ueb. drei in Prager Handschriften enthaltene Canonen-Sammlungen*, p. 222; FITTING, *o. c.* p. 8-9; CONRAT, *Gesch.* p. 516.

Giustiniano, ¹⁾ e da ultimo, come abbiamo detto, nel ms. di Leida della fine del secolo XII. Una di esse è anche riprodotta nello scritto, che nelle edizioni forma il quarto libro del *tractatus de varietate actionum* di Placentino, ²⁾ ma che è invece opera di ignoto, probabilmente della fine del secolo duodecimo.

Il Böcking, ³⁾ a quanto pare, riteneva le formole opera del secolo duodecimo, ma lo Stintzing, il primo, che se ne sia occupato di proposito, credette invece di poterle assegnare all'epoca Giustiniana, probabilmente all'anno 547. Questa strana pretesa diede luogo ad un vivace scritto del Mommsen, il quale attribui le formole al secolo duodecimo, mentre il Iaffé, trattando specialmente il lato, dirò così, esterno della questione, concludeva, che esse dovevano essere state scritte fra il secolo undecimo ed il primo terzo del secolo seguente. ⁴⁾

Il Fitting, pubblicando le formole nei suoi *Iuristische Schriften*, pag. 170-171, respinge anch'egli l'ipotesi dello Stintzing, e sostiene invece, che deve trattarsi di opera della scuola di Roma e della fine del secolo decimo. Contro questa nuova opinione si pronunciarono il Padelletti ed il Conrat, il quale accoglie l'opinione del Mommsen. ⁵⁾

Ma col Conrat la questione è entrata in una nuova fase, perchè egli primo segnalò l'esistenza delle formole nel ms. Parigino, e ne diede anzi il testo, che concorda, a quanto dice Fitting, con quello del ms. di Leida.

Ora fra le formole contenute nell'appendice alle *Exceptiones* in una forma straordinariamente corrotta e quelle pubblicate dal Conrat vi sono alcune differenze. Mancano nell'appendice a Pie-

1) Da questo ms. le pubblicò il CONRAT, *Epitome* p. CXXI-CXXII.

2) CONRAT, o. c. p. CXXIX-CXXX.

3) *Pandekten*, I, § 24, p. 102, n. 30, citato da CONRAT, o. c. p. CXX.

4) Le ragioni del Iaffé non mi sembrano veramente molto concludenti, perchè mi pare che ci voglia proprio molta buona volontà per vedere nelle formole degli esempi di prosa rimata.

5) BRUNS in *Zeitschr. für RG.* XIII, p. 110 n. 1 dichiara di non potersi occupare della questione, aggiungendo solo: « Meiner Ansicht nach ist der Stil der Formeln nicht antik. »

tro le formole n. 2, 3 e 6 del ms. di Parigi e nella formola 5 vi è una interpolazione evidente. ¹⁾

Di più nel solo ms. di Praga, non nella edizione del 1500, si trova una curiosa formola:

“ Ego leo mevia[m] ream de crimine adulterii accuso. Quia scio illam cum gaio seio in civitate rome in domum martium commisisse. Mense martii die terci[a] huius accusationis libellum tibi iudici dedi. Eique cintio prefecto preturio prefectatum regente subscripsi. „

Invece di *in domum martium* parmi si debba leggere *in domo Martini*, ²⁾ ma ciò non ha per noi grande importanza.

La formola è evidentemente un'aggiunta del ms. di Praga, ³⁾ 1° , perchè manca nell' edizione, che nel resto concorda col ms. anche negli errori più grossolani: 2° perchè manca nella raccolta del ms. Parigino e Leidense, dalla quale evidentemente dipende quella della Appendice a Pietro; chè anzi nei due mss. citati si trova un altro *libellus accusationis* diverso ⁴⁾: 3.° perchè, a differenza di quanto si osserva nelle altre formole, vi appare probabilmente il nome di Martino, non romano: 4.° perchè è diverso il modo di datare da quello delle altre formole, dove si legge per es. “ imperio illius sacratissimi Augusti anno tali inditione decima mensis Madii die quinta „: 5.° perchè il testo è incomparabilmente più corretto di quello delle altre formole, nello stato, in cui si trovano nell' Appendice a Pietro: 6.° perchè il ms. di Praga, come riconosce anche Fitting ⁵⁾, dà la formola in questione separata dalle altre da uno spazio lasciato in bianco per la rubrica, e quindi come aggiunta per se stante.

1) Dalle parole *magna negligentia* a quelle *dolo comparatur*. Per maggiori dettagli cfr. CONRAT, *Epitome*, I. c.

2) Fitting, pure accennando anche a questa possibile correzione, preferisce *in domo mariti* (*Iur. Schriften*, p. 85 n. 45): ma mi sembra che qui si richieda un nome proprio, anche per la corrispondenza, che noteremo, col *libellus* di Paolo in Dig. 48, 2, 3. Inoltre colla forma *Martini* ci scostiamo meno dal ms. Come già notò Fitting, *Martini* si legge pure nel *libellus* corrispondente datoci da TANCREDI, *Ord. iudic.* ed. BERGMANN, II, 8, p. 162. Parimenti si trova spesso tale nome nella *Summa* di Damaso.

3) Cfr. CONRAT, *Gesch.* I, 546 n. 2.

4) Cfr. su di esso CONRAT, *Gesch.* p. 547 n. 2.

5) *Iur. Schriften*, p. 77.

Posto in chiaro, che il *libellus accusationis* sopra riprodotto è una semplice aggiunta del ms. di Praga, noi non potremmo certamente ritenere col Fitting, che tutte le formole in questione siano state scritte in Roma, e sul finire del secolo decimo, anche quando lo anmettessimo per la formola aggiunta. Ma non crediamo del resto di doverlo ammettere nemmeno per questa.

Il *libellus accusationis* del ms. di Praga dipende, come ricobbe già lo Stintzing, da quello, che ci fu conservato in un frammento di Paolo nel Dig. 48, 2, 3 pr.

“ Libellorum inscriptionis conceptio talis est. “ Consul et dies. Apud illum praetorem vel proconsulem Lucius Titius professus est se Maeviam lege Iulia de adulteriis ream deferre, quod dicat eam cum Gaio Seio in civitate illa, domo illius, mense illo, consulibus illis adulterium commisisse. „

Infatti il reato ed i nomi dei colpevoli, Mevia e Gaio Seio, sono identici nelle due formole, mentre, nel rimanente la formola del ms. di Praga è redatta in modo arbitrario, portando la data in fine anzichè in principio e mancandovi l'indicazione dell'anno, in cui sarebbe stato commesso l'adulterio, del quale è invece precisato, senza necessità, il giorno.

La data dell'accusa è indicata colle parole “ Cintio prefecto preturio prefectatum regente „ a proposito delle quali il Fitting ¹⁾ scrive:

“ La sola cosa, che sorprende, è la data col solo nome del Prefetto senza indicazione dell'anno di governo dell'imperatore o del papa. Ciò sembra accennare ad un tempo, nel quale il Prefetto avesse realmente la suprema autorità, ipotesi questa, che è favorita dall'espressione “ praefectatum regente „. In tal modo si è condotti al periodo più che decennale (985-996), durante il quale Giovanni Crescentius reggeva Roma da Signore indipendente. E questa ipotesi può apparire certa, se si osserva che Crescentius è indicato come *Praefectus Romae* da Ademaro di Chabannais (*Historiar.* lib. III, c. 31 in Monum. Germ. IV, p. 130) e che suo padre negli Annales Beneventani ad a. 975 (Mon. Germ. III. p. 176) è chiamato *Cincius*, circostanza, la quale au-

¹⁾ *Iur. Schriften*, p. 87-83.

torizza a concludere, che *Cincius* era forma abbreviata in uso invece del nome *Crescentius*. „

Senonchè poco importa, che il titolo di *Praefectus* sia dato a Crescenzio da autore francese e non bene informato, ¹⁾ mentre nei documenti autentici lo troviamo col titolo di *patricius Romanorum*, ²⁾ molto superiore a quello di *praefectus*. Nè, d'altra parte il fatto, che un diminutivo sia usato per una persona, ci autorizza a credere che lo fosse pure per un'altra di eguale nome, e tanto meno che lo fosse negli atti pubblici.

Fa parimenti non piccolo intoppo il trovare usata la parola *praefectatum*, della quale non si ha, che io sappia, altro esempio, invece di *praefectura* ³⁾; e specialmente il vedere che si parla di *praefectus praetorio*, magistratura e titolo, che da molti secoli più non esistevano. ⁴⁾

Che se tutto ciò non vale, perchè volere con tanti sforzi giungere a Giovanni Crescenzio, mentre, per esempio, all'epoca di Gregorio VII abbiamo il celebre prefetto *Cintius* o *Cencius*, lasciato appunto dal papa a reggere la città in sua assenza ? ⁵⁾

Nè io credo del resto che all'epoca, in cui fu scritta la formola, dovesse necessariamente esservi un *Cintius* prefetto di Roma, che cioè tale nome non possa essere stato messo a caso.

Va ancora osservato, che il trovare la nostra formola datata col nome del prefetto, non indica punto che questi dovesse eser-

1) Infatti, poche linee prima, dice che papa Gregorio era fratello dell'imperatore. Ademaro di Chabanais nacque verso il 988. È del resto possibile che questo scrittore usi l'espressione *Praefectus Romae* come termine generale, per indicare il capo della città. Così troviamo un diploma di Ottone I (n. 355 dell'edizione dei *Mon. Germ.*) indirizzato « Herimanno et Thiadrico ducibus caeterisque publicae rei nostrae prefectis » e in un diploma di Ottone III si ricorda un « comitem Spoletinis et Camerinis praefectum » (n. 228 dell'edizione citata).

2) V. GREGOROVIVS, III, 484 e n. 1.

3) FITTING, p. 87 n. 50, spiega *praefectatus* per analogia da *ducatus* e *comitatus*, come il territorio sottoposto al prefetto. Ma appunto in questo senso si usava la parola *praefectura*. V. ad esempio, per limitarci al secolo decimo, il diploma n. 26 di Enrico I e n. 17 di Ottone III (in quocumque sint episcopo seu prefectura) e il diploma n. 391 di Ottone I: « imperii nostri civitatibus vel prefecturis ».

4) FITTING è costretto, per trovare qualche esempio dell'uso di questo titolo, a risalire fino ai Merovingi.

5) GREGOROVIVS, IV, 184, 244.

citare l' autorità sovrana. Evidentemente qui il prefetto sta invece del *consul* del *libellus* di Paolo: ora anche il Placentino, ¹⁾ imitando questo *libellus*, ci da una formola, in cui l'anno é indicato col solo nome dei consoli di Montpellier, che certo non erano i signori di quella città. ²⁾

Non avremmo poi difficoltà ad ammettere che l'uso del nome *Cintius*, comunissimo in Roma, possa essere un indizio di origine Romana forse più che il trovare nella formola ricordata la città, che Bassiano, ³⁾ parafrasando il Digesto (50, 1, 33), chiama *communis patria omnium*.

Ma ammettendo possibile l'origine romana per questa formola, non possiamo attribuirle un'alta antichità, contro la quale sta un indizio fortissimo, almeno a mio avviso, cioè l'uso del Digesto.

Nè sappiamo perchè la formola non si possa invece ritenere poco più antica del ms., che ce la ha conservata, visto che i prefetti di Roma continuarono ad esercitare funzioni giudiziarie e ad avere molta importanza, ⁴⁾ e che d'altra parte il *libellus* di Paolo è la fonte comune di molti scrittori non solo nel secolo duodecimo, ma anche dopo. ⁵⁾

1) *Summa Codicis* a IX, 2. Cfr. la n. 5.

2) Secondo Giovanni Bassiano in *Bibl. iurid. M. Aevi*, II, p. 228, alcuni non ritenevano necessario, che il *libellus* contenesse il nome dei consoli, ma egli sosteneva l'opinione contraria: *Consules tales hodie non habemus quales olim in maiori civitate per principem constituebantur, et ideo dicunt quidam quod non sunt inscribenda nomina consulum. Sed et nobis expedit in hoc contrariam tenere sententiam.*

3) *Biblioth. iurid. M. Aevi* II, p. 221.

4) Cfr. GREGOROVIVS, IV, p. 420-421: V, p. 21 e segg.

5) CONRAT (*Epitome*, p. CXXX) cita le *Summae Codicis* di Placentino ed Azone (a IX, 2) e le aggiunte al *De varietate actionum* di Placentino. Si veda ancora, per esempio, Bulgaro, *de iudiciis* (ed. WUNDERLICH, § 6, p. 19); la *Summa Codicis* attribuita ad Irnerio e Rogerio (IX, 2); il passo citato di Tancredi ecc. Dal ms. torinese I, III, 38 del sec. XIV-XV f. 96. tolgo i seguenti versi, che si riferiscono evidentemente al citato frammento di Paolo:

Quilibet accusans formet de iure libellum
Criminis et nomen scribere debet ibi;
Accusatoris ac eius scribere nomen
Debet qui sceleris dicitur esse reus;
Consulis et nomen scribat cum nomine mensis
Quando commissum dicitur esse scelus:
Horam seu diem non cogitur addere scriptis,
Scribere sed debet criminis ipse locum:
Oblatque diem libelli scribere curet.
Lex libellorum bene probat quodlibet horum.

Quanto alle altre formole, dalle quali quella esaminata va assolutamente tenuta distinta, esse possono benissimo essere del secolo duodecimo ¹⁾, e nulla prova, che siano di origine romana.

Aggiungiamo, chè data e non concessa l'origine romana di tutte le formole, non farebbe punto bisogno per spiegarla ricorrere all'ipotesi di una vera scuola giuridica, che si riannodasse a quella dell'epoca Giustiniana.

10. Passiamo alla raccolta di *Regulae* attribuita a Geminiano e della quale si avrebbe un frammento nell' Appendice alle *Exceptiones Petri* ²⁾

Il Fitting ritiene che l'autore appartenesse alla scuola di Roma e sia stato maestro di Irnerio, solo perchè la raccolta di *Regulae*, a suo avviso, è stata usata nelle *Questiones*. A me parrebbe invece, che il frammento in questione non appartenga ad una raccolta di *Regulae*, che non vi sia ragione d'attribuirlo a Geminiano, e che non si possa provare l'uso di esso od anche di una raccolta qualsiasi di *regulae* da parte dell'autore delle *Questiones*.

Perchè il lettore sia meglio in grado di giudicare della questione, riportiamo il frammento per intero.

De Jure naturali.

(*Inst.* 3, 1, §. 11) *Naturalia iura civilis ratio perimere non potest.* per se tantum; set aliquando alio sustentata presidio perimit: veluti ius cognationis naturale est, perimitur tamen maxima capitis diminutione; set hoc facit malefitium cum iure.

(*Inst.* 3, 19, 11) *Impossibilis conditio appellatur cui natura est impedimento, quo minus existat.*

(*Inst.* 3, 19, 19) *Penam cum stipulatur quis, non illud inspicitur quod eius interest, set que sit quantitas in conditione stipulatio-*

¹⁾ Alcune di queste formole mi fanno perfino pensare alle *arengae* dei dettatori bolognesi. Altre formole si vedano in appendice all' *Ulpianus de edendo* ed. HAENEL, p. 54-56. Si noti nella penultima il termine dell'appello indicato coll'espressione « diem, quo viri Galilei concinitur » (Così va letto, non *concinniter*). Si tratta del giorno dell'Ascensione, designato colle prime parole dell' introito della messa, come si usò specialmente nel sec. XIII. Cfr. DE VAINES, *Diction. de diplomatique* I, 1774, p. 341: GLORIA, *Palaeografia*, p. 141.

²⁾ In FITTING, *Inristische Schriften*, p. 152 n. 2 e 3.

nis: in conditionalis stipulatione vera est, ubi nullum interesse spectatur, velut " si vallum transiero. „

De accessione pene.

(*Inst.* 3, 20, 5) *Non potest esse plus in accessione quam est in principali re*: specialiter in intercessionibus.

(*Inst.* 3, 23, 3) *Quicquid sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est*: nisi specialiter repromisit custodiam.

(*Inst.* l. c.) *Commodum enim esse debet cuius et periculum est*: in re tamen propria et in re vendita, non in re aliena ab alio detenta, quia multociens possessori perit, non tamen ei crescit, set ei cuius res est.

(*Inst.* 3, 26, 8) *Is qui exequitur mandatum non debet excedere fines mandati*; in mandato certos habente fines.

I passi stampati in corsivo sono telti dalle istituzioni Giustiniane libro 3, tit. 1 e 19-26: gli altri hanno evidentemente carattere di glosse, cosicchè la pretesa raccolta di *regulae* potrebbe essere benissimo nulla più di una serie di estratti da un manoscritto delle Istituzioni glossato.¹⁾ Le due rubriche, *de iure naturali* e *de accessione pene*, debbono essere state aggiunte dal compilatore dell'Appendice alle *Exceptiones Petri*, dove i testi riportati formano i capitoli secondo e terzo. Infatti esse si riferiscono solo al primo frammento di ciascun capitolo.

Questa pretesa raccolta di *Regulae* è stata attribuita a Geminiano, solo per una glossa del ms. delle Istituzioni di Colonia a 3, 26, 8: (*Is qui exsequitur etc.*) Dicente Geminiano: quando *mandatum certis finibus concluditur, tunc nullus mandati fines excedere debet*.

Si è voluto vedere in questa glossa una citazione della raccolta di *Regulae*, ma la forma, come ognun vede, è affatto diversa,²⁾ e specialmente io non so persuadermi, che la classica

1) Dissi già in questo *Bull.* IV, p. 63 (estr. p. 51) come sotto forma di *Excerpta* ci siano state tramandate parecchie vere raccolte di glosse alle Istituzioni.

2) Cfr. CONRAT, *Geschichte* I, p. 340, n. 2 e, in senso contrario, FITTING, *Questiones*, p. 22, n. c. Questi afferma, che evidentemente nella glossa di Colonia non si tratta di una citazione letterale, poichè in questo caso si sarebbe usato la forma *Geminianus dicit*. Tale osservazione non mi pare convincente, perchè, se non si trattasse di una citazione letterale, si sarebbe probabilmente usato la costruzione indiretta: dicente.... nullum... debere.

espressione della glossa “ *certis finibus concludi* ¹⁾ „ possa dipendere dal volgare “ *certos habente fines.* „

Quanto al concetto, trovandosi nelle Istituzioni, che il mandatario *non debet excedere fines mandati*, era ovvio notare, che la regola si doveva naturalmente intendere dei mandati ben determinati, aventi cioè *certos fines*. Del resto anche un frammento del Digesto (17, 1, 46) ordinava che “ *quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat* ²⁾ „ e questo frammento è citato dall'autore della glossa Accursiana *ad h. l.*

“ *mandatum, scilicet certae formae: nam quandoque habet certam formam, et tunc habet locum quod hic dicitur.....* „

L'analogia fra questa glossa e quella del ms. di Colonia ³⁾ è evidente; ed appunto la glossa di Colonia, od altra affine, possono essere state la fonte, a cui attinse l'autore del frammento, che fa parte dell'*Appendice* alle *Exceptiones*.

Quanto a Geminiano, allo stato attuale della scienza, se cioè non si trovano nuovi documenti, ogni congettura su di lui non può essere che arbitraria. Egli, dato che il nome non sia corrotto nella glossa, che sola ce lo conserva, è per ora un oscuro professore di diritto, che viveva, a quanto pare, prima della metà del secolo duodecimo.

I pretesi rapporti fra Geminiano ed Irnerio vennero indotti sul debolissimo fondamento di una vaga analogia fra le *Regulae* e le *Questiones*.

Ora anche ammettendo intieramente le premesse di Fitting potremmo respingere l'ipotesi ardita, che si vorrebbe trarne. Ma crediamo invece di potere assolutamente negare, che le *Questiones* abbiano attinto al frammento attribuite a Geminiano, poichè ciò che vi ha di comune tra le *Quest. I, 9* e il principio

1) V. ad es. C. 7, 45, 7 *potestatem sententiae certis finibus concludi*: ib. 9 *Post sententiam, quae certis finibus concluditur...*

2) V. anche C. 4, 35, 12 *Cum mandati negotii contractum certam accepisse legem adseveres, eam integram secundum bonam fidem custodiri convenit.*

3) L'analogia fra la glossa Accursiana *mandatum* e la pretesa *regula* di Geminiano venne notata già dal CONRAT, *Gesch.* I p. 539 n. 2. L'altra analogia colla glossa *nec plus a Inst. 3, 20 § 5* mi pare meno certa. Si può anche vedere a *Inst. 3, 19, 19* la glossa *in conditione stipulationis*, id est in poenali stipulatione, quae est conditionalis...

di detto frammento è tolto semplicemente dalle Istituzioni I, 16 § 6.

Infatti la pretesa *Regula* cita, come eccezione al principio delle Istituzioni „ *naturalia iura civilis ratio perimere non potest* „, il fatto che „ *ius cognationis naturale est, perimitur autem maxima capitis diminutione* „.

Tutto questo è tolto dalle Istituzioni di Giustiniano I, 15 § ult.; 16 § 6: „ *cognationis vero ius non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non utique Quod autem dictum est manere cognationis ius et post capitis deminutionem, hoc ita est, si minima capitis deminutio interveniat: manet enim cognatio. nam si maxima capitis deminutio incurrat, ius quoque cognationis perit.....*

A questo ultimo periodo delle Istituzioni attinge evidentemente anche l'autore delle *Questiones*, nel seguente passo, che solo ha analogia colla *Regula*: „ *ius cognationis, quod et tolli capitis diminutione potest, veluti ius successionis*„. Quanto alle parole „ *veluti ius successionis* „, esse ci ricordano la glossa accursiana al passo corrispondente delle Istituzioni (I, 16, 6) „*cognationis: id est ius succedendi, et ad tutelam vocandi perit.....* „

Del resto il passo delle *Questiones*, di cui si tratta, forse per influenza del diritto canonico, si stacca dai principi o almeno dalla terminologia romana, poichè vi si legge, che la *naturalis cognatio* esiste anche fra il padre ed il figlio nato da incesto.¹⁾

Ammesso quanto ho finora cercato di dimostrare, mi pare che non vi siano argomenti di qualche valore per ritenere che l'autore delle *Questiones* facesse uso di una collezione di *regulae* qualsiasi. Io credo invece che la parola *regula* sia usata nelle *Questiones* come lo è nelle opere della scuola di Bologna, cioè nel senso di principio o canone di diritto, per lo più con riferimento ad un passo delle fonti, il quale però può essere anche citato a senso senza riportarlo letteralmente.

11. Le precedenti ricerche e considerazioni ci conducono a negare che la scuola di Roma possa essere durata fino all'epoca

1) *Naturalis cognatio non ius set quaedam per naturam coniunctio est: nam et contra ius inducitur, ut inter te et eum, quem ex incesto generas.*

Irneriana. Ammesso questo, appare altamente inverosimile che le *Questiones* siano state scritte anteriormente al sorgere ed al fiorire della scuola di Bologna. Ma è inoltre impossibile, che Irnerio le scrivesse in principio della sua carriera scientifica, perchè esse presuppongono la conoscenza di tutte le parti del *Corpus iuris*, mentre noi sappiamo che Irnerio venne a conoscere alcune di queste parti in epoca probabilmente molto posteriore.

Non ritornerò qui sulla tanto dibattuta questione della scoperta dell'*Infortiatum* e delle *Tres Partes*. ¹⁾

Per quanto riguarda il Codice va osservato che l'autore delle *Questiones* usava di un ms., nel quale era invertito l'ordine delle costituzioni 2 e 3 del libro IV titolo 27 ²⁾ Ciò dimostra, che si trattava di un ms. affine ai due più antichi bolognesi, ossia al ms. di Montecassino ed al Berlinesse 273, di un ms. cioè derivante, come tutti i bolognesi, da un ms. dell'*Epitome Codicis* completato e riordinato.

Ammettendo dunque che le *Questiones* siano state scritte in Roma nel 1082, dovremmo dire che la scuola di Roma, certo molto prima, avesse già fatto intorno al Codice quel lavoro, che ordinariamente si attribuisce alla scuola di Bologna. Ma certo sarebbe molto strano, che, nonostante la mai interrotta tradizione scolastica, vi fosse stato in Roma un periodo, in cui l'*Epitome* avesse preso il posto del Codice genuino, anzi, secondo l'autore delle *Questiones*, un'epoca, nella quale i libri legali fossero quasi scomparsi.

L'autore delle *Questiones*, almeno a quanto crede il Fitting, fa anche uso degli ultimi tre libri del Codice, i quali, secondo la tradizione bolognese accolta dal Savigny ³⁾, sarebbero stati

1) V. il mio lavoro già citato « *Sull'introduzione del Digesto a Bologna ecc.* »

2) *Questiones*, p. 15.

3) *Storia del diritto romano*, I, p. 702. cfr. Krüger, *Gesch. der Quellen*, p. 379. Del resto non so se l'uso dei *tres libri* da parte dell'autore delle *Quest.* possa dirsi certo. Fitting, p. 4, cita solo Q. v, 7: « *glebe sunt ascripti[cii] eiusque dicuntur servi* », riconducendo questo passo a Cod. XI, 48, 15: « *colonos..., quos ita glebis inhaerere praecipimus, ut ne puncto quidem temporis debeant amoveri* » Nelle *Quest.* il concetto e le espressioni (*servi glebae*) sono medievali, nè forse era assolutamente necessario correggere *ascripticii* in *ascripti*. Si veda infatti l'*Epitome Exactis* III, 16 « *ascripticius glebe dicitur etc* » e la definizione dell'operetta *de significatione verborum legalium* in questo *Bull.* IV, 46 « *ascripticii glebae dicuntur rustici etc.* ». Nell'altra definizione riportata ivi, nota 4, si legge: « *Ascripticii dicuntur, qui se ascripserunt certa conditione fundo: hique servi glebae vocantur.* »

conosciuti in Bologna solo dopo tutte le altre fonti, eccettuato l'Autentico.

Anche quest'ultima fonte è usata nelle *Questiones*, e questo mi pare un argomento decisivo contro le ipotesi del Fitting. Infatti una tradizione generale e costante, che risale almeno a Giovanni Bassiano discepolo di Bulgaro, narra che Irnerio non conobbe dapprima l'Autentico e conosciutolo lo credette una falsificazione.¹⁾

Tale tradizione non può essere messa in dubbio, sia per la sua alta antichità, sia perchè ci fu conservata una glossa di Irnerio, che la conferma pienamente.

Le ragioni addotte da Irnerio in questa glossa (alla cost. *Cordi*) sono le seguenti:

Eius (*libri*) enim stilus cum ceteris Iustiniani constitutionibus nullo modo concordat, sed omnino inter se discrepant. Item eius libri principium nullum est, nec seriem nec ordinem aliquem

1) Le testimonianze di Bassiano, Azone, Ugolino, Roffredo, Accursio ed Odofredo si possono vedere raccolte in appendice a BIENER, *Gesch. der Novellen Justinian's*, 1824, p. 657 e segg. Si veda anche SAVIGNY, I, 704 e segg.; PESCATORE, *die Glossen des Irnerius*, p. 42, n. 1 e 44-45 n. 2, e da ultimo TAMASSIA, *Odofredo*, p. 97 e segg. Non posso accogliere l'interpretazione, che del passo di Bassiano dà il CHIAPPELLI, *Studio Bolognese*, p. 49, dicendo che in tale passo « è Irnerio stesso, che parla e ci indica un anteriore periodo di operosità scientifica sulle fonti del diritto romano » accennando tanto ad insegnanti quanto a scrittori più antichi, che avrebbero negato l'autenticità delle novelle. Il Bassiano contrappone i tempi suoi (*hodie*), nei quali *totus mundus* accoglieva l'Autentico, al periodo anteriore (*aliquando*), in cui alcuni, seguendo l'opinione d'Irnerio, lo consideravano scritto da qualche privato. Ciò appare anche meglio completando la citazione fatta da Chiappelli, poichè appare che Bassiano si fondava specialmente sulla glossa di Irnerio, che non contiene nessun accenno ad insegnanti più antichi. Bassiano, come dimostrò Gaudenzi, *Appunti* p. 17 e segg., morì nel 1197. Presso a poco suo contemporaneo fu Enrico di Baila, che, secondo l'opinione comune, avrebbe ancora considerato l'autentico come una falsificazione. Ma l'attribuzione ad Enrico delle glosse segnate *yr.* mi pare possa sempre dar luogo a qualche dubbio. Forse la sigla di Enrico avrebbe potuto essere *hr.*, che per errore dei copisti può facilmente diventare *hyr, yr.*, data specialmente la celebrità di questa ultima sigla, colla quale nelle citazioni, si indicava Irnerio. Ora nel passo di Roffredo, sul quale si fonda l'attribuzione della sigla *yr.* ad Enrico, i copisti intendevano certamente, che si parlasse d'Irnerio, poichè invece di *yr.* si trova nei mss. di Roffredo anche *hr.* e *y.* V. SAVIGNY, II, p. 31 n. 6. Per quanto riguarda Placentino, del quale si è pure dettò che seguisse l'opinione Irneriana, cfr. PESCATORE, o. c., p. 42 n. 1. Del resto l'argomento, che SAVIGNY, I, p. 704, n. c., adduce per dimostrare inverosimile che Placentino sia ricaduto nell'errore di Irnerio, dovrebbe valere naturalmente anche per Enrico di Baila.

habet. Item novellae istae constitutiones, de quibus hic loquitur, non promittuntur nisi de novis negotiis et nondum legum laqueis innodatis.

Tutte queste ragioni, nelle quali non si può negare una certa acutezza, colpivano, come già osservò il Biener, l'*Epitome Iuliani* non meno dell'Autentico. Convienne quindi dire, che quando Irnerio scrisse questa glossa, che pur dimostra piena conoscenza del contenuto dell'Autentico, egli non conoscesse l'*Epitome* di Giuliano, del quale non avrebbe in caso diverso potuto tacere.

Ora questo fatto del non conoscere le Novelle e del negarne poi l'autenticità prova, a mio avviso, nel modo il più certo la veridicità della tradizione bolognese tramandataci da Odofredo, secondo la quale Irnerio, già maestro di arti liberali, *studuit per se sicut potuit* e conobbe le varie parti del *corpus iuris* non tutte insieme, ma solo successivamente e forse a lunghi intervalli. Se Irnerio fosse uscito da una scuola romanistica qualsiasi, non avrebbe potuto ignorare l'esistenza delle Novelle e non ne avrebbe messa in dubbio l'Autenticità sempre riconosciuta.

Del resto è notevole, che gli antichi scrittori fino ad Azone ed Accursio, non solo non dicono che Irnerio si sia ricreduto, ma mostrano di ritenere il contrario ¹⁾. Solo Roffredo incomincia ad osservare che *sembra* che Irnerio abbia cambiato opinione, poichè egli scrisse le autentiche al Codice; ed Odofredo afferma poi la cosa come certa. Senonchè la storia delle Autentiche presenta ancora gravissimi dubbi, ²⁾ e il fatto, che la glossa Irne-

1) Azone per es. scrive « *sed salva gratia domini Vr. dominus meus* (Giovanni Bassiano) dicit contra. » Cfr. TAMASSIA, *Odofredo*, p. 97.

2) Cfr. anche PESCATORE, *die Glossen des Irnerius*, p. 60. Tamassia, *Odofredo* p. 97 n. 4 e 100 mostra di non credere, che le Autentiche possano essere opera di Irnerio. Senonchè non potrebbe Irnerio aver fatto alcuni sommari delle novelle a margine dell'Autentico, pur non ritenendolo opera di Giustiniano? Non è poi detto, che sia stato proprio Irnerio a far passare tali compendi nei mss. del Codice e delle Istituzioni. Noto inoltre, che nella glossa segnata *yr.* ed attribuita ad Enrico di Baila, nella quale si nega l'autenticità delle Novelle si legge « *librum...* autenticum dictum quod ex eo fuerit pars quaedam excerta » (BIENER p. 607; PESCATORE, p. 44-45 n. 2). Mi pare che questo passo, finora forse non osservato, dia una spiegazione del nome *autentico* diversa da quella comune di Bassiano. *Autentico* è detto nel senso, in cui la parola è usata dai notai, cioè per indicare l'*originale*, dal quale si fece l'estratto. Pensava forse l'autore della glossa alle autentiche, o all'*Epitome* di Giuliano? O si tratta invece di un tentativo di spiegazione qualsiasi?

riana non venne corretta da Irnerio stesso ed ebbe tanta diffusione, dimostra, che o Irnerio realmente restò sempre dubbioso o cambiò opinione solo negli ultimi anni della sua vita.

Per ammettere, che Irnerio conoscesse l'Autentico alla scuola di Roma, ossia prima di iniziare il suo insegnamento a Bologna, bisogna col Fitting raffigurarcelo come un azzeccagarbugli, per non dire briccone, il quale dopo aver tentato in una causa di approfittare dell'ignoranza dei giudici, dichiarando apocrife le Novelle colla coscienza di mentire, abbia poi per vergogna cercato anche nella scuola di accampare qualche argomento, che potesse far dubitare della loro autenticità.¹⁾ Ma tutto questo è odioso e assurdo, tantopiù perchè il racconto di Odofredo, secondo il quale Irnerio avrebbe negato l'autenticità delle Novelle in un giudizio colle parole " Vade bone homo! quia liber ille non erat a Iustiniano factus sed a quodam monacho „ potrebbe essere una storiella inventata in base alla notizia data da Bassiano.²⁾

Il Fitting, nelle aggiunte,³⁾ rettifica in parte la spiegazione sopra riportata, poichè afferma che le parole, colle quali cominciano le *Quest.* XV, I " si constitutiones novellas admittamus „ accennano all'aver Irnerio prima negato l'autenticità delle Novelle. Senonchè la frase citata significa probabilmente solo " se ci atteniamo alle Novelle „, ed è infatti detta dall'*auditor*, senza che l'interprete senta il bisogno di affermare l'autenticità delle Novelle, la cui disposizione cerca invece di conciliare colle altre fonti. Del resto se Irnerio nel 1032 avesse già riconosciuto il suo errore, non lo avrebbe ripetuto alla scuola di Bologna.

Notiamo ancora un evidente equivoco, in cui è caduto il Chiappelli, ⁴⁾ il quale da un passo della *Summa Codicis* (I, 15, 3) da lui pure attribuita ad Irnerio, arguì che questi, conosciuto

1) Così il FITTING, *Questiones*, p. 49 n. 9.

2) quoniam scilicet a monacho vel ab alio scriptum fuerit, ut ait Hyrnerius, quod apparet per suam notulam in const. de emend. Inst. Cod. circa finem positam. Bassiano si basa quindi sulla glossa di Irnerio, nella quale si afferma solo la non autenticità, ed aggiunge, forse anche di suo capo, la spiegazione « quoniam scilicet ecc.

3) *Quest.* p. 4.

4) *Rivista storica*, I. c. p. 617.

l'Autentico, rigettasse come apocrifo l'Epitome di Giuliano.

Il passo è il seguente:

Si qua vero negotia postea emergentia legis lationem postulerint, heae Novellarum Constitutionum nomine appellantur. ex aliis autem voluminibus leges accipi seu in negotiis recitari prohibitum est, quin immo criminisum est.

Qui l'autore della *Summa* non fa che dare il contenuto della cost. 2 Cod. I, 17 da lui esplicitamente citata, e la seconda proposizione riportata corrisponde appunto al § 19 di tale costituzione: *hasce itaque leges et adorate et observato, omnibus antiquioribus quiescentibus: nemoque vestrum..... nec in iudicio nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, ex aliis libris..... aliquid vel recitare vel ostendere conetur, nisi temerator velit falsitatis crimini subiectus..... poenis gravissimis laborare.*

L'osservazione del Chiappelli, da lui creduta atta a convalidare la dimostrazione, che Irnerio è realmente autore della *Summa*, cade quindi completamente.

12. Ma ritorniamo ancora alle *Questiones*, per eliminare parecchi argomenti addotti, o che si potrebbero addurre per dimostrarne l'alta antichità.

Ed anzitutto vediamo se realmente in esse e nella *Summa Codicis* sia stata usata un'opera antegiustiniana, probabilmente le Istituzioni di Gaio o meglio il *liber Regularum* di Ulpiano nella sua integrità. Il Fitting ne è così convinto, da affermare non inverosimile la scoperta dell'opera antegiustiniana usata da Irnerio, e da porre il preteso uso di tale opera come prova della durata della scuola di Roma.

Mi duole di non poter dividere le convinzioni e la speranza del Fitting.

Ègli adduce come prova principalissima un passo delle *Questioni* (XXI, 2 in f.), che a suo avviso corrisponde quasi letteralmente a Gaio III, 131. Ma tale passo è invece senza dubbio attinto al Codice di Giustiniano 4, 30, 5. ¹⁾

Infatti le *Questiones* dicono:

¹⁾ Nemmeno vediamo, che vi sia un rapporto certo fra i passi precedenti delle *Quest.* e Gaio III, 131. Ma questo raffronto è fatto anche dal Fitting sotto forma di pura ipotesi.

interdum autem scribitur (*cyrographum*) non obligationis contrahende gratia, set quantitatis ex alia causa debite testimonium confertur in cyrographum. hec ergo non ex cyrographo petitur, set eius ex testimonio.

Si confronti ora la costituzione del Codice:

ignorare autem non debes non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur, cum autem ex praecedenti causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiri, an tunc cum cavebatur numerata sit, sed an iusta causa debiti praecesserit.

Per contro è senza importanza, almeno a mio avviso, l'analogia col passo citato di Gaio:

alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur. in his enim rei, non litterarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia: numeratio autem pecuniae re facit obligationem. qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.

Nè maggior peso si può dare alle altre pretese concordanze con Gaio.

Il Fitting cita anzitutto i seguenti passi, il primo tolto dalle *Quest. XXIV*, 17, il secondo dalla *Summa Cod. IV*, 2 § 8:

..... si autem alia res certa petatur, utramlibet admittimus: certi conditionem, quia certum petitur, triticariam, quoniam aliud in condemnationem deducitur id est estimatio, sicut apparet sub t. si certum p. in eiusmodi responso " Vinum etc. „ ¹⁾

Ex hoc apparet quid in hac actione (*conditione certi*) veniat: nam id ipsum quod intentione complectitur, in condemnationem venit.....

Questi passi, a parer suo, dimostrerebbero la conoscenza dell'antica procedura civile romana, conoscenza, alla quale siamo giunti solo dopo la scoperta di Gaio.

Giudichino di ciò i Romanisti: per me nei passi citati noto solo l'uso delle frasi *deducere* e *venire in condemnationem*, la pri-

1) Le *Quest.* si riferiscono dunque esplicitamente a *Dig.* 12, 1, 22. Si cfr. anche 13, 3, 3.

ma abbastanza frequente anche nelle fonti giustiniane,¹⁾ la seconda, che, dato non sia delle fonti, poteva facilmente essere usata ad imitazione di altre affatto analoghe,²⁾ e si trova infatti anche in altri scritti del periodo bolognese.³⁾

Il Fitting ravvisa ancora una prova della conoscenza della antica procedura romana, e quindi di uno scrittore antegiustiniano, nelle *Quest. XXIV*, 3, e precisamente nella proposizione qui appresso stampata in corsivo:

... cum autem hoc quod interest persequor, et ipsum quod petitur incertum est et nulla demonstratione sic circumscribitur, ut auditor habeat quod sequi possit. unde non solum incerti set et incerto dicuntur eiusmodi actiones, *quoniam et ipsa forma scilicet actionis et intentionis nulla nititur certitudine*, cum alioquin condictio incerti quidem set non incerta dicatur.

Ora le parole stampate in corsivo sono una spiegazione del nome *actio incerta*, data parafrasando le precedenti espressioni: " ipsum quod petitur incertum est ecc. „ . In quanto poi lo scrittore dà una speciale importanza al nome *actio incerta*,⁴⁾ quasi avesse altro significato di *actio incerti*, egli è evidentemente in errore. Del resto tutto questo titolo " De differentia condictionum et incertarum actionum „ si svolge tutto su tale errore

1) *D.* 19, 1, 3 § 3 tempore.... quo lis in condemnationem deducitur....: 44, 1, 2 Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. *Cod.* 5, 53, 3 Summa.... quam.... iudex.... in condemnationem deduxit: cfr. *D.* 42, 1, 64 pecuniae in condemnationem deductae: *Cod.* 4, 49, 4 tantum in condemnationis taxationem deducere curabit. Specialmente il secondo passo citato poteva facilmente far capire il significato della frase.

2) venire in damnationem, in aestimationem, in computationem ecc. V. BRISSONIO e DIRKSEN alla v. *venire*. Per *intentione complecti* v. per es. *Inst.* IV, 6 § 33 e 34.

3) Mi cade casualmente sotto gli occhi Tancredi, *Ord. iudic.* II, 13 § 1 in f. (BERGMANN, p. 172): et in hoc casu intelligunt quidam, et est verum, quod plus venire potest in condemnatione, quam fuerat in petitione....

4) Questo nome deve esser usato dalle fonti abbastanza raramente. Il dizionario di Brissonio-Heineccio cita un solo esempio (*C.* 8, 38, 3), dandolo come un'eccezione. Cuiacio, *ad tit. de verb. obl.* l. 74 (*Opera*, Neap. 1758, I col. 1213) scrive: « (actio ex stipulatu) quae et incerti et incerta actio dicitur » e altrove (*ad cod.* VII, 47. *Opera*, IX, 1072) « et per hoc actio in id quod interest incerta vel incerti actio dicitur passim in iure » ma non cita altra legge all'infuori di quella indicata anche da Brissonio,

e sulla falsa premessa, che alle *actiones incertae* non possa mai competere il nome di *condictiones*.¹⁾

Da ultimo il Fitting nota due analogie fra la *Summa Codicis* e Gaio, cioè che in *S. VIII*, 4 § 3 in f., come in Gaio, IV, 155, è accordato l'interdetto *de vi* a chi fu *armis deiectus*, quantunque il suo possesso fosse vizioso, e che in *S. VIII*, 31 § 4 è indicata la *exceptio rei litigiosae* fra gli altri esempi di eccezioni, come in Gaio IV, 117^a.

Ma per il primo esempio lo stesso Fitting afferma che fonte immediata e propria della *Summa* è il *Dig.* 43, 16, 14, solo parendogli impossibile che l'autore fosse andato a rinviare questa particolarità, se non avesse conosciuto che esisteva nel diritto antegiusinianeo, tantopiù essendo essa, secondo l'opinione oggi dominante, stata abrogata dalle Istituzioni, IV, 15 § 6. Ora, senza occuparci della questione se l'opinione ora dominante sia o no la vera, possiamo dire, che essa non era divisa dai glossatori, i quali anzi vedevano nel passo citato delle Istituzioni una conferma di quanto era sancito nel *Digesto*.²⁾ E precisamente alle Istituzioni anzichè al *Digesto* pare abbia attinto l'autore della *Summa*, poichè in quanto afferma che *l'interdictum unde vi* compete al possessore *etiam adversus dominum si ab eo postea expulsus fuerit*, si avvicina evidentemente più alle Istituzioni "*licet is ab eo qui vi deiecit vi vel clam vel precario possidebat* „ che non al *Digesto*, dove è semplicemente detto "*etiamsi vi aut precario aut clam eum possideres* „ senza prevedere il caso dell'espulsione appunto da parte di colui, dal quale si possedeva, ossia, nel maggior numero dei casi, del *dominus*.

Resta il fatto, che tanto l'autore della *Summa* quanto Gaio citano l'*exceptio rei litigiosae* fra gli altri esempi di eccezioni, mentre ne tacciono le Istituzioni di Giustiniano. Ora io non so

1) L'errore potrebbe essere nato dal fatto, che in parecchi casi è data la *condictio* se si tratta di *certum*, ed un *actio* speciale se si tratta di *incertum*. Così le fonti parlano di *condictio* nella *stipulatio certa* e di *actio ex stipulatu* nella *stipulatio incerta*. Del resto sulla natura della *condictio incerti* molto disputarono i glossatori, cadendo alcuni di essi in gravi errori. Le loro opinioni principali possono vedersi riassunte da Bartolo alla legge 22 § 1 D. 12, 6 (*Opera*, Venetiis, II, 1602, f. 43^a).

2) Cfr. la glossa *Deiectus ex* alla legge citata del *Digesto*: « forte etiam ab eo, a quo vitiose possidebas. Azo. ut Instit. de interdic. § recuperandae (I. IV, 15 § 6.) »

che importanza esso possa avere, specialmente quando si osservi che negli altri esempi e nell'ordine, in cui sono dati non vi è nessuna analogia fra la *Summa* e Gaio; che le istituzioni di Giustiniano indicano pochissime eccezioni, rimandando per le altre molte ai *latioribus digestorum seu pandectarum libris*; che infine, come ha notato anche il Fitting, l'*exceptio rei litigiosae* doveva molto facilmente presentarsi alla mente dell'autore della *Summa*, poichè egli, secondo l'ordine del codice, ne trattava ampiamente proprio nel titolo seguente (VIII, 32).

In conclusione l'uso di un libro di diritto antegiustiniano da parte dell'autore delle *Questiones* o della *Summa* ci sembra assolutamente inverosimile.

13. Nemmeno troviamo argomenti per non ascrivere le *Questiones* (come anche la *Summa*) al secolo duodecimo sia nella tendenza a far prevalere l'equità sullo stretto diritto, sia nella forma delle citazioni.

Il Fitting, nel suo libro sulle origini dello studio di Bologna ¹⁾, contrappone l'indirizzo positivo della scuola dei glossatori all'indirizzo dei giuristi del secolo undecimo, da lui indicati quasi come precursori della scuola di diritto naturale.

Ora nel proemio delle *Questiones* è detto, che intorno alle leggi romane si affaticavano "viri non quidem pauci sedulo dantes operam, ut si que ex litteris illis ab Aequitatis examine dissonarent, haberentur pro cancellatis. „ Era ovvio ricordare qui le parole del proemio alle *Exceptiones Petri* " si quid inutile, ruptum aequitative contrarium in legibus reperitur, nostris pedibus subcalcamus „ ma forse le parole dell'autore delle *Questiones* hanno significato ed importanza meno estesi, di quanto a primo aspetto possa sembrare.

Infatti l'autore delle *Questiones* ammette ²⁾ che il diritto deve essere una *aequitas constituta* e che vi sono due specie di equità, la naturale, immutabile ed eterna, e la civile, che varia col variare dei luoghi e dei tempi: egli ammette, che i nuovi legislatori (purchè non barbari ed ignoranti) possono *obviari prioribus*

¹⁾ Bologna, p. 115 e segg. « Naturrechtliche Richtung des 11 Jahrhunderts. » cfr. specialmente *Quest.* p. 13-14.

²⁾ *Quest.* I, 3-8: IV, 3-9.

con aggiunte o correzioni: non può quindi farci meraviglia, che egli voglia abrogato o corrette quelle disposizioni, le quali per avventura non siano eque, ma solo una *imitatio aequitatis*,¹⁾ forse anche perchè non corrispondono ai nuovi tempi.

Del resto se si vogliono trovare in pieno secolo duodecimo delle opinioni molto più radicali, non si ha che ad aprire il decreto di Graziano, nel quale al diritto naturale, facilmente confuso coll'equità, colla giustizia e colla *lex divina* ²⁾, è attribuito assoluto primato sul diritto civile, fino a stabilire ³⁾: "Quaecumque... vel moribus recepta sunt vel rescriptis comprehensa, si naturali iuri fuerint adversa, vana et irrita habenda sunt. „ ⁴⁾

Il Fitting ⁵⁾ trova un altro argomento per attribuire le *Questiones*, come pure la *Summa*, al secolo undecimo nella forma delle citazioni più libera e diversa da quella dei glossatori.

Ma, per quanto riguarda le *Questiones*, potrebbe essere che la forma dialogica abbia contribuito a rendere più libere le citazioni; e d'altra parte il metodo prebolognese nelle citazioni è solo un indizio, non certo una prova, che lo scritto appartenga al periodo anteriore alla scuola di Bologna.⁶⁾

Viceversa il trovare nella *Summa* molte citazioni nella forma bolognese c'indurrebbe a porre senz'altro l'opera nel secolo duodecimo, quantunque l'uso di tale forma non vi sia costante, anzi alcune costituzioni siano indicate come *Leoniana*, *Constantiniana*, *Theodosiana*, e si abbia perfino una citazione colla piena iscrizione "constitutio Theodosii et Valentiniani missa ad Senatum. „ ⁷⁾

1) *Quest.* I, 8.

2) La confusione nasce facilmente dalla nota definizione di Paolo (D, I, 1, 11) « id quod semper aequum ac bonum est. »

3) *Dict. Grat. post D.* VIII, c. 1.

4) Ciononostante Graziano deve ammettere, con evidente contraddizione, che « iure naturali omnia sunt communia omnibus... iure vero consuetudinis vel constitutionis hoc meum est, illud alterius » (D. VIII, Pars I, *Grat.*)

5) *Quest.* p. 16-17: *Summa*, p. LXXI-LXXII.

6) Cfr. specialmente CONRAT, *Epit. Exactis*, LXXV e segg.: CCXXXVI e segg.: SCHULTE, *Gesch. der Quellen*, I, 166 n. 29.

7) FITTING, *Summa Cod.* p. LXXIV nota anche la frase (che non mi pare veramente molto corretta) « quedam enim rescripta in nostro Codice vel in toto corpore iuris inserta sunt. » In una costituzione di Giustiniano (C. 5, 13, 1 in pr.) si legge pure: Rem... in omni paene corpore iuris effusam...

Infatti esempi di citazione col nome dell'imperatore o colla piena iscrizione i glossatori avevano sempre sott'occhio nel *Corpus iuris*, e potevano quindi imitarli. ¹⁾

Trascurando ora intieramente alcuni punti di secondaria importanza, aggiungiamo un'ultima osservazione sul proemio delle *Questiones*. Avrebbe potuto facilmente essere notata una analogia di questo proemio ed anche del titolo quarto, nel quale interviene la *Ratio*, col *libellus* di Pietro Crasso, ²⁾ dove la *Ratio* ha pure una parte molto importante. Non credo però che tale analogia possa essere un indizio dell'antichità delle *Questiones*, quando si consideri che anche gli scritti dei glossatori ci danno parecchi esempi di esordi affatto consimili al proemio in questione, come appunto quello di Anselmo de Orto al suo *Instrumentum* e di Placentino al *De varietate actionum*. ³⁾

14 Ed ora finalmente concludiamo. Pare a me (sia detto con tutto il possibile rispetto per i miei illustri avversari), che si commetta un vero anacronismo, attribuendo al penultimo decennio del secolo undecimo uno scritto come le *Questiones*, presupponente l'esistenza di vere scuole di diritto ed una estesa conoscenza di tutto il *Corpus iuris*.

Credo poi, che a determinare per quanto è possibile la data dell'interessante operetta possa servire più la parte, diciamo così, politica, che non quella strettamente giuridica.

I passi più caratteristici sono, a mio avviso, i seguenti.

Fin dal primo titolo delle *Questiones*, l'autore, volendo di-

1) Placentino, *Summa Cod.* IV, 57 ha tolto dal Codice stesso (c. 2) la citazione della costituzione « duorum (divorum?) principum, id est Marci et Commodi, missa ad Aufidium Victorinum » e poco dopo dal Digesto, 40, 1, 4, quella errata « Antonini et Severi constitutio missa ad Urbium Maximum » mentre il Digesto dice « epistula divorum fratrum ad U. M. »

2) Ora pubblicato anche in *Mon. Germ. Libelli de lite imp. et pontiff.* I, 432 e segg.

3) Si veda anche l'opuscolo *de praescriptionibus* di Rogerio, in forma di dialogo fra lui e la *Iurisprudentia*, il proemio alla *Summa Codicis* di Placentino, dove si parla dell'*ager, vinea, hortus, mensa domini Iustiniani*, il proemio alla *Summa ad tres libros* di Pillio, colla personificazione di *Mutina* e l'apparizione di Placentino, e così pure, dello stesso Pillio, il proemio al *de ordine iudiciorum*, che appare dettato dalla *Iurisprudentia* sorta a parlare *de latere summi legum datoris* ecc. Per quanto riguarda il tempio della giustizia si cfr. anche la costituzione *Deo auctore* § 5 „quasi proprium et sanctissimum templum iustitiae consecrare.... quasi quodam muro vallatum nihil extra se habeat...

mostrare l'eccellenza delle leggi romane, ragiona così. Il legislatore deve avere sapienza e potere per imporre rispetto ed obbedienza. Ora questi due requisiti concorrono certamente nel popolo Romano. Infatti grandissima deve essere la sua autorità, se anche le opere dei singoli scrittori Romani sono tenute in tanto conto, " ut artium cunctarum disciplinam aut ab ipsis aut per ipsos in omnes regiones emanare videamus aperte. „

D'altra parte tutti sanno che i Romani furono padroni del mondo; e non già per violenza e per tirannide, poichè in Roma fu posta la sede principale del Cristianesimo, affinchè dallo stesso luogo emanassero i precetti legislativi e quelli spirituali, nè si può credere che la legge divina si sia scelta una compagna tirannica ed ingiusta. Inoltre Cristo riconobbe legittima l'autorità imperiale, ordinando di dare a Cesare ciò che era di Cesare. Ora se Cesare poteva esigere il censo, poteva pure emanare leggi. Chè se altri ha preteso di farsi legislatore, come certi uccelli cercano di imitare la voce umana, non si può nemmeno lontanamente pensare, che le sue disposizioni possano derogare alle leggi romane, sanzionate dall'autorità divina.

E qui viene un fiero rimprovero agli imperatori, che lasciano tuttora in vigore le leggi Longobarde e le altre germaniche. Il passo merita di essere riportato:

" qui... nostra loca invadunt, quandiu possent ipsi iure gentium depelli, tam diu statuta eorum velud hostium non discutimus. set si regno eorum, quaecumque fuerit, extincto ipsi nobiscum ducendo invicem seu nubendo coalescunt, quotiens sue gentis vel nomen vel statuta predicant, non videntur aliud facere nisi vulnus antiqui doloris refricare: statutorum enim vis si qua fuit, una cum suis auctoribus iam tunc expiravit. recolunt tamen adhuc quidam huiusmodi suas, ut ipsi dicunt, leges. quorum exemplo et hi, quorum maiores casu quolibet aliunde huc delati permanserunt, sua nescio quae frivola nomine legum censentes recitant, ut totidem fere leges habeantur quot domus. ¹⁾

1) L' autore evidentemente distingue i discendenti degli antichi Longobardi, e forse anche dei Franchi, conquistatori d'Italia, e gli appartenenti ad altre stirpi germaniche, i quali continuavano a vivere secondo il diritto nazionale dei loro maggiori, per quanto

set hi qui nunc inperant permittunt eiusmodi fieri: unius tamen inperii nomine volunt censerì. non vident quid ad hoc nomen consequatur. qui enim nomen gerit inperii gerere debet auctoritate quoque eiusdem, qua tuenda sunt eadem iura quae sunt ab ea profecta. horum igitur alterum concedi necesse est: aut unum esse ius, cum unum sit inperium, aut si multa diversaque iura sunt, multa superesse regna. nollent autem principes nostri eos quorum hadiuvant leges vivos sibi conregnare: non ergo patiantur eos mortuos secum inperitare. quorum vero dici volunt successores, eorundem curent esse imitatores.

Questo passo notevolissimo è completato da un altro, che si trova nel titolo quarto.

Avendo l'interprete affermato " per novos legislatores obviari posse prioribus „ il discepolo ne trae la conseguenza:

" Hac ratione transalpini quoque reges videntur posse statutis suis abrogare iura Romana, cum et ipsi Rome dudum iam ceperant inperare. „

Allora l'interprete, non parendogli conveniente dimostrare l'autorità delle leggi romane con argomenti tratti dalle leggi stesse, invoca un responso della Ragione, la quale, dopo un lungo preambolo, argomenta in questo modo:

L'umanità nel suo assieme deve prendersi cura dei singoli come l'uomo delle sue membra. Ma siccome tutti gli uomini non possono certo radunarsi nello stesso luogo e nello stesso tempo, così quando si trovi riunita la parte migliore e più degna dell'umanità, essa a buon diritto può esercitare le funzioni, che spetterebbero all'universalità degli uomini. " Porro non est in occulto Romanam civitatem precipuam esse ex omnibus humanitatis congregationibus universitatem ¹⁾ „ Adunque, finchè nel

questi si fossero stabiliti in Italia solo per caso, e senza mai averne avuto il dominio. Non intendo bene le osservazioni di Fitting, p. 38 n. e, ma non potrei in nessun modo ammettere la strana ipotesi, che la possibilità di cambiare legge si sia introdotta nel diritto italiano per influenza delle *Questiones*.

¹⁾ L'autore invoca qui la testimonianza di S. Paolo: « ecce enim Paulus, immo in Paulo Christus inperii Romani discidium vocat absolute dissentionem. » ecc. Il Fitting annota, che un tale passo non si trova nel Nuovo Testamento. Ma evidentemente si tratta solo dell'Epistola seconda di S. Paolo ai Tessalonicesi II, 3. Cfr. la mia nota « *Contributo alla storia della letteratura medievale riguardante la fine dell'impero romano ecc.* negli *Atti dell'Accad. delle Scienze di Torino*, XXX, 1895, p. 426 e segg.

popolo Romano concorrono il potere e l'autorità, che abbiamo visto essere i requisiti del legislatore, il diritto romano deve rimanere in vigore. Si potrà bensì migliorarlo e fargli delle aggiunte " set quis corrigere valet vel supplere eam rem, quam non percepit? reges ¹⁾ quidem transalpini potestatem sumpsere, iuris autem legumque scientiam notam habere non poterant: illis enim temporibus non modo studia, set et ipsi libri legitimae scientiae fere perierant. taceo, quod illi suo more legibus operam dare nollent, etiam si in promptu haberent. incognitum ergo ius emendare non erat eis possibile. „

Molte cose sono degne di considerazione nei passi, che abbiamo riportati o compendiatì, ed anzi tutto quanto si riferisce alla posizione reciproca del popolo Romano, dell'imperatore e del papa.

In un'opera scritta in Roma verso il 1082, in cui si parlasse dell'imperatore e della Chiesa Romana, non sarebbe potuto mancare almeno un accenno alla grande lotta, che allora si combatteva fra il papato e l'impero.

Invece nelle *Questiones* tale accenno manca affatto. In esse è specialmente magnificata l'autorità del popolo Romano a detrimento di quella dell'imperatore, ricordandosi la *prima seles ecclesiae* e la *lex divina* solo come fonti dei *precepti spirituali*, chiaramente contrapposti alle leggi.

Del resto pare che l'autore delle *Questiones* si trovi, per riguardo all'imperatore ed all'autorità imperiale, nelle stesse disposizioni d'animo, nelle quali dovevano essere molti Italiani del secolo duodecimo. Un disprezzo, più o meno celato, colpisce la persona degli imperatori *transalpini*, che non conoscono i doveri imposti dall'alto loro ufficio, e che vogliono essere detti successori degli imperatori Romani, senza saperli imitare: si cerca in ogni modo di usurpare i diritti spettanti all'imperatore, e di aumentare e tutelare le libertà popolari; ma nel medesimo tempo le grandi memorie del passato s'impongono, la tradizione ed il sentimento vincono la ragione, e i dottori di Bologna ed i vin-

1) Il passo seguente, fino a « *perierant* » si trova quasi alla lettera anche nella *Summa Institutionum*, della quale parleremo in seguito.

citori di Leguano s'inchinano ai pretesi eredi degli imperatori romani.

Ciò ci spiega come l'autore delle *Questiones*, cada quasi in contraddizione e non osi trarre le conseguenze, che potrebbero facilmente scaturire dalle sue premesse della grande autorità e potestà del popolo romano.

La posizione privilegiata fatta a Roma di fronte a tutte le altre città italiane e l'espressione *nostra civitas*, usata per indicare Roma, sono indizi non solo del luogo in cui le *Questiones* furono scritte, ma anche, a mio avviso, della patria dello scrittore. Coll'ipotesi, che si tratti d'opera di scrittore Romano, si accordano anche benissimo i feroci attacchi contro le leggi germaniche, ¹⁾ che i giurisperiti Romani videro sempre di mal occhio.

Mentre le scuole longobardistiche proclamavano il diritto Romano *lex omnium generalis* solo nel senso, che le sue disposizioni dovessero avere valore anche per i Longobardi in tutti quei casi, ai quali non provvedevano esplicitamente le leggi longobarde, i giudici Romani, già all'epoca di Ottone III, sostenevano l'universalità del diritto Romano e col codice giustiniano volevano giudicare l'urbe e l'orbe. ²⁾

D'altra parte il ricordo della barbarie dei Longobardi e l'astio contro di essi durava sempre, ravvivato forse da un canto da vanterie ed ingiurie, nel genere di quelle prodigate all'indi-

1) A Bologna e altrove gli attacchi contro il diritto longobardo cominciano ad essere vivi e frequenti nel secolo XIII e XIV. Sono note le espressioni di Odofredo e di Buoncompagno (cfr. TAMASSIA, *Odofredo*, p. 132 e segg.) Le parole usate da Buoncompagno si trovano ripetute nel commento di Luca di Penne alla legge un. Cod. *de gladiatoribus*, citato insieme a molti altri passi, specialmente di scrittori del secolo XIV, da Boherio nella prefazione alla sua edizione della Lombarda (Lione, 1512: nell'edizione di Venezia 1537 tale prefazione è molto abbreviata. Si trova invece di nuovo completa nelle edizioni posteriori.) Su Luca di Penne v. anche i passi citati da SAVIGNY, II, 661 n. c. Le opere di Ugo e la glossa di Bulgaro, in SAVIGNY, III, 385 n. 21, mostrano quale fosse, di fronte ad un timido tentativo contro il diritto longobardo, la dottrina dei discepoli d'Irnerio, favorevole ad esso. Inoltre il prof. Gaudenzi mi diceva di aver trovato glosse d'Irnerio in mss. della Lombarda.

2) V. sopra p. 70 e n. 1; p. 71 e seg.

rizzo dei Romani dal vescovo Liutprando, ¹⁾ dall'altro probabilmente dalla lettura degli scrittori antichi e specialmente di Gregorio Magno. Infatti per esempio l'espressione *gladius Longobardorum* o *barbarorum*, spesso usata da Gregorio, diventa quasi un luogo comune, e si trova in un placito Romano dell'850, ²⁾ in Gregorio da Catino, ³⁾ nel divulgatissimo scritterello "quot sunt genera iudicum" ⁴⁾, e via dicendo.

Così il *vulnus antiqui doloris*, di cui parlano le Questioni, era sempre sanguinante, specialmente in Roma, e certo l'avevano inasprito anche le nuove lotte coll'elemento germanico, rappresentato ora dagli imperatori tedeschi.

Gli Italiani rimproveravano ai tedeschi la barbarie e l'ignoranza, come appunto fanno l'autore dello scritto ultimo ricordato e l'autore delle *Questiones*. In tale accusa non vi sarebbe forse nulla, che accennasse in modo speciale ad origine romana: come nemmeno si potrebbe ritenere indizio certo di detta origine il disprezzo per le leggi germaniche, naturale conseguenza della

1) Nella sua famosa *legazione* dell'anno 968 (*Mon. Germ. SS.* III, p. 347 e segg.). Eppure vi furono illustri scrittori, i quali sostennero, che già all'epoca della conquista di Carlo Magno i Longobardi si erano fusi coi Romani, e non avevano più di straniero altro che il nome. Tanto può la passione politica anche in un campo, nel quale non dovrebbe entrare affatto.

2) MURATORI, *Antiq.* VI, 391 (HÜBNER, n. 744) antequam Longobardorum gladius Italiam populando devastaret.... eorum iniquus gladius, cuncta diripiens, ...terras multis populis refertas rede gere in solitudinem. Sono evidentemente reminiscenze Gregoriane.

3) Nel proemio al Regesto di Farfa, pubblicato anche separatamente da OZANAM, *Documents inédits*, p. 189.

4) Si trova per la prima volta nell'opera di Bonizzone, *de vita christiana* (MAI, *Patrum nova bibl.*, VII, 3 p. 59-60), poi in alcuni mss. di Goffredo da Viterbo (*Mon. Germ. SS.* XXII, p. 304) e nell'opera *de ecclesia Lateranensi*, di Giovanni Diacono (verso il 1270) in MABILLON, *Musei Italici*, 1724, II, p. 570. È pubblicato pure da Blume in appendice alle leggi longobarde (*Mon. Germ.* IV, 664) e da FITTING, *Twiner Institutionenglosse*, p. 102 103. Il passo che ci interessa « Ceterum... voluntate » è evidentemente un'interpolazione, che si può credere della fine del sec. XI. « Ceterum postquam peccatis nostris exigentibus Romanum imperium barbarorum patuit gladiis feriendum, Romanas leges penitus ignorantes illiterati ac barbari iudices (comites? la spiegazione di Fitting, o. c. p. 65 poco mi persuade) legis peritos in legem cogentes iurare iudices creaverunt, quorum iudicio lis ventilata terminaretur. Hi accepta hac abusiva potestate, dum stipendia a republica non accipiunt, avariciae face succensi ius omne confundunt. Comes enim illiteratus ac barbarus nescit vera a falsis discernere et ideo fallitur.... In Giovanni diacono lo scritto finisce appunto prima delle parole riportate.

premessa. Invece ciò, che a me pare assolutamente caratteristico è la pretesa, che gli imperatori costringano tutti i loro sudditi a sottomettersi alle leggi romane. Tale pretesa corrisponde così bene alle tradizioni ed all'ambiente di Roma e doveva, fuori di questa città, sembrare così enorme, che da sola basterebbe quasi a svelarci la patria dell'autore delle *Questiones*. Un uomo dotato del senso giuridico e pratico, che non doveva far difetto ad Irnerio, e nato, come lui, in epoca ed in paese, in cui era ancora molto numerosa la popolazione vivente a leggi germaniche, non avrebbe potuto ragionevolmente muovere simili accuse. E Irnerio, se realmente fosse stato mandato a Roma dalla contessa Matilde, non avrebbe forse dimenticato che la sua protettrice professava la legge salica, come, fautore del papato, non avrebbe forse in un momento di lotta suprema, ricordato l'unità dell'impero e spinto l'ingenuità, fino a proclamare l'ostica sentenza " Date a Cesare quel che è di Cesare. „

Ed ora mi permetto di esprimere una semplice congettura sull'epoca delle *Questiones*. Pare a me, che il periodo, al quale meglio si potrebbero attribuire le *Questiones*, senza che faccia difficoltà sia la conoscenza del diritto romano sia l'indirizzo politico, che vi domina, sia quello, che corse dalla rinnovazione del senato Romano nell'anno 1144 al ristabilimento dell'autorità pontificia per opera di Innocenzo III. ¹⁾ Lo spirito democratico che domina in Roma in questo periodo, l'avversione al potere temporale dei papi, e talora perfino dell'imperatore, l'idea, che dal popolo Romano emani ogni legittima autorità, insomma quanto sappiamo dello stato dell'opinione pubblica in Roma verso la metà del secolo duodecimo, tutto si concilia colle teorie espresse nelle *Questiones*. Anche per l'autore di quest'opera " la maestà del popolo Romano era la fonte di ogni specie di podestà: l'impero Romano un'idea indistruttibile ²⁾ „; anch'egli accozza in strano connubio i principi " del despotismo cesareo di Giustiniano ed i diritti fondamentali della democrazia ³⁾ „; anch'egli,

1) Cfr. GREGOROVIVS, *Storia della città di Roma*, IV, p. 504 e segg.

2) GREGOROVIVS, l. c. p. 593.

3) GREGOROVIVS, l. c. p. 594.

come gli ambasciatori di Roma a Federico Barbarossa ¹⁾, ricorda agli imperatori i loro doveri, e quasi li rimprovera dalla loro origine *transalpina*.

Anche il breve scritto *de aequitate*, che, almeno per la patria e per l'epoca, non può essere disgiunto dalle *Questiones*, contiene sulla sovranità popolare delle teorie affatto *democratiche*, espone molto più nettamente e chiaramente, che non nelle *Questiones* stesse:

“ Universitas, id est populus, hoc habet officium singulis scilicet hominibus quasi membris providere. hinc descendit hoc, ut legem condant, conditam interpretetur et aperiat... ecc.

In questo passo ognuno ravvisa subito una recisa e, senza dubbio, cosciente opposizione ai principi del diritto Giustiniano, spinti invece alle ultime conseguenze da Irnerio, il quale in una sua glossa ²⁾ considera persino come abrogata la legge 32 D. 1, 3, non ammettendo l'efficacia della consuetudine *contra legem*:

“ Loquitur haec lex secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, ideo tacito consensu omnium per consuetudinem abrogabantur. Sed quia hodie potestas translata est in imperatorem, nihil faceret desuetudo populi. y. „ ³⁾

Così le *Questiones* e lo scritto *de aequitate*, pur seguendo nella parte scientifica l'indirizzo della scuola di Bologna, nello

1) GREGOROVIVS, l. c. p. 608 e segg. Ma il discorso degli ambasciatori e specialmente la risposta di Federico sono senza dubbio rimaneggiati, se non, in gran parte, inventati, da Ottone di Frisinga.

2) In SAVIGNY, III, 371, n. 3. Come nota il Savigny, la glossa è riportata anche da Carlo di Tocco alla Lombarda II, 41, 1 (ed. del 1537, f. 181 b.) La glossa di Carlo di Tocco è veramente molto importante, perchè riporta l'opinione di molti giuristi intorno alla questione, allora molto controversa. Lo stesso si dica di una glossa a Vacario in WENCK, *Magister Vacarius*, p. 184. In questa glossa si legge anche... vel sicut p. (?) dicit quod hic loquitur secundum antiqua tempora, ante legem regiam promulgatam, quando potestas concessa fuit populo legem condere... La sigla letta da Wenck, non senza esitazione, *p.* deve invece essere *y* (cfr. per un caso identico PESCATORE, *Glossen des Irnerius*, p. 42 n. 1). All'opinione di Placentino diversa si accenna poco prima (placent. in Glossa sua...). Ma già in principio era stato pure citato *Varn.* evidentemente Irnerio, cosicchè parrebbe che l'autore della glossa non conoscesse il significato della sigla *y*, come altri suoi contemporanei. Ritorniamo in seguito sull'argomento.

3) Cfr. anche la glossa di Vacario in WENCK, *Magister Vacarius*, p. 185: Imperatoris autem constitutio invito populo immo etiam reclamante interdum contingit et valet; ergo et durat, ut nec per desuetudinem abrogari possit, nisi prius imperium et potestatem a principe amotam populus recipiat.

tendenze politiche sono agli antipodi di tale scuola, la quale per opera del suo fondatore e dei quattro dottori era divenuta potente ausiliaria delle pretese imperiali.

15. Non così possiamo dire della *Summa Codicis* nonostante le evidenti analogie colle opere, che abbiamo finora esaminate.

Nulla vi ha nella *Summa*, almeno a mio avviso, che non possa essere stato scritto da un giureconsulto bolognese verso la metà del secolo duodecimo.

Io non voglio però dare ora un giudizio: reciso sull'autore di questa opera, e nemmeno esaminare la questione in tutta la sua ampiezza.

Mi trattiene dal farlo l'assoluta impossibilità di edificare, per ora, su basi solide, non essendo ancora conosciuta la *Summa* provenzale, alla cui pubblicazione attendono il Fitting ed il Suchier, ed essendo molto imperfettamente conosciuti i mss. della *Summa* attribuita a Rogerio.

Per quanto riguarda la *Summa* provenzale il Fitting ¹⁾ afferma che essa fu compilata in Arles verso il 1148 e che l'autore conosceva tanto la *Summa* attribuita ad Irnerio, quanto quella attribuita a Rogerio. Se ciò si potesse ammettere, la questione avrebbe già fatto un gran passo. Disgraziatamente il Fitting non mette il lettore in grado di giudicare specialmente per quanto riguarda l'affermazione più grave, quella cioè sull'epoca della compilazione.

D'altra parte la *Summa* attribuita a Rogerio è stata pubblicata dal Palmieri sul ms. di Tubinga, notando solo in pochissimi punti le varianti del ms. di Firenze. ²⁾

Oltre a quest'ultimo ms., restano ad esaminarsi i mss. di Vich, Grenoble, Iena e Berlino, ³⁾ dato che altri non se ne scoprono, come non è improbabile.

1) Cfr. *Vorläufige Mittheilungen über eine Summa Codicis in provençalischer Sprache*, (negli atti dell'Accademia di Berlino, 16 Luglio 1891) e *Summa Codicis*, p. XXX. La data della *Summa* provenzale sarebbe fissata da un esempio addotto nel sesto libro.

2) *Bibl. iuridica M. Aevi*. vol. I. Varianti del ms. Fiorentino molto importanti sono citate solo a pag. 14, 30, 36, 40 e 143.

3) Sui mss. di Rogerio v. SAVIGNY, II, 115; DENIFLE, *Universitäten*, p. 158; PALMIERI, *Appunti*, p. IX-X, XV e segg. CII e rettifiche alle pag. X e XVI in fine del volume: FITTING, *Summa*, p. LI, n. a. Il ms. di Berlino, non indicato da Palmieri e Fitting, è il lat. fol. 271, sul quale v. ora KROLL in *Corpus iuris civilis*, III, p. XII.

E si noti che ciascuno di questi mss., e quanto pare, presenta varianti numerose e notevolissime, tanto che il Palmieri parla addirittura di *varie recensioni* e di *rifacimenti* della *Summa* di Rogerio, che pure in gran parte corrisponde letteralmente a quella attribuita ad Irnerio.

In tale stato di cose, riservandoci il giudizio definitivo, ci limiteremo a muovere qualche obiezione alle ipotesi del Fitting ed a contrapporre ipotesi ad ipotesi.

Poniamo anzitutto bene la questione.

Odofredo dice in più luoghi, ¹⁾ che la più antica *Summa* al Codice fu quella di Rogerio, giureconsulto del quale abbiamo notizia nel 1158 e nel 1162.

D'altra parte Placentino ²⁾ narra di aver dato opera ad ultimare la *Summa* di Rogerio, prima di aver pensato a scriverne una intieramente sua. Da calcoli molto probabili ³⁾ appare verosimile, che il primo lavoro fosse fatto dal Placentino verso il 1170, e che quindi quest'anno segni l'estremo limite della vita di Rogerio.

Ad indicare il suo lavoro sulla *Summa* di Rogerio Placentino usa le espressioni *summas a Rogerio iniciatas perficere et consummare, opus imperfectum perficere*. L'altra espressione " *summas iniciatas competenti medio fineque congruo concludere* „ potrebbe anche essere un semplice giuoco di parole a proposito di *iniciatas*.

Ora *consumare* l'opera composta da un altro potrebbe significare solo *ripulire, rimaneggiare* l'opera altrui ⁴⁾, ma il *perficere opus imperfectum* è certo *finire, compiere* un'opera, alla quale l'au-

1) Cfr. SAVIGNY, II, 114 n. a.

2) Proemii alla *Summa in tres libros* e alla *Summa Codicis* in SAVIGNY II, 127-128; III, 435 e PESCATORE, *Beiträge*, 2, 12 e segg.

3) Placentino morì nel febbraio del 1172. Da tale anno bisogna risalire, contando l'ultima dimora del Placentino in Montpellier, durante la quale incominciò la *Summa in tres libros*, i quattro anni di insegnamento a Piacenza e il biennio di Bologna, il tempo impiegato a compilare la *Summa* alle Istituzioni e la *Summa Codicis* e quello indicato dal Placentino stesso colla vaga espressione *longe postea*. Mi pare si possa così giungere facilmente all'epoca fissata nel testo.

4) Si confronti per es. l'intitolazione « *Distinctiones a domino Ugone compositae et a domino Alberico consumatae* » in SAVIGNY, II, 90.

tore non ha potuto dare l'ultima mano, che ha lasciato incompleta.¹⁾

Ora noi possediamo due *Summae*: l'una, conservataci da tre mss., ²⁾ è quella ora attribuita ad Irnerio, l'altra, che si trova nei mss. senza nome d'autore, come la prima, o col nome di *Frogerio*, è quella attribuita a Rogerio. Le due *Summae* in gran parte corrispondono perfettamente: sono cioè comuni ad esse tutti i titoli contenuti nella *Summa* attribuita ad Irnerio a partire da quello *de ediliis actionibus* (IV, 53), fatta però eccezione per i primi nove titoli del libro quinto.

I primi quattro libri, fino al titolo citato *de ediliis actionibus*, e il principio del libro quinto della *Summa* di Rogerio sono evidentemente un rifacimento delle parti corrispondenti della *Summa* attribuita ad Irnerio. Inoltre la *Summa* di Rogerio contiene in più il titolo *de pluribus prescriptionibus* dopo VII, 30 e la fine del libro nono a partire da IX, 7, dove si arresta la *Summa* attribuita ad Irnerio.

A questo punto la prima ipotesi, che si presenta facilmente alla mente è che Rogerio sia l'autore della *Summa* attribuita ad

1) Così, essendo per la morte di Placentino rimasta interrotta la *Summa* ai tres libri, Pillio, che ne scrisse la continuazione, parla di *libellus imperfectus* e di *adimplere* ciò che Placentino non aveva potuto fare. (V. il proemio di Pillio prima del titolo *de municipibus et originariis*, in qualunque edizione delle *Summae* di Azzone, ed anche in SAVIGNY, II, 163.)

2) Ms. di Troyes, già ricordato, di Parigi 18230 e di Bologna, *bibl. albortiana*, n. 73. Questi tre mss. sono lungamente descritti in FITTING, *Summa Cod.*, p. III e segg. Il ms. di Parigi, prima che dal d'Ablain, era stato segnalato da ANSCHÜTZ *Summa legis long.* p. 15 nota 19, in base alle indicazioni di SCHRADER, *Prodromus*, p. 45. Il ms. di Bologna fu pure brevemente esaminato da me, e posso quindi rettificare in qualche punto la descrizione mandata al Fitting. L'iscrizione della *Summa Codicis* pubblicata dal Fitting, p. XI, è probabilmente del secolo XIV. Si leggono chiaramente solo le seguenti parole:

Incipit.... placentini cuius opp.... fuit.... de.... ibus: per cui forse, invece di *oppinio*, si potrebbe leggere *oppus* e completare per es. così *cuius oppus fuit etiam summa de actionibus*. Ma al disopra di questa iscrizione si scorgono tracce di altra più antica, in gran parte tagliata, della quale l'incrizione più recente potrebbe essere semplicemente una copia. In questo caso l'attribuzione a Placentino risalirebbe all'epoca stessa del ms., come è certamente per la *Summa institutionum* (cfr. in seguito p. 123), la cui iscrizione sembra della stessa mano, di quella ora illeggibile della *Summa codicis*. Non mi pare poi sostenibile, che gli ultimi titoli del libro nono, a partire da IX, 8, siano stati aggiunti posteriormente, forse dalla stessa mano, ma con inchiostro diverso e su minor numero di linee per pagina. Le stesse piccole diversità nel colore dell'inchiostro e nel numero delle linee si riscontrano molte volte anche prima del libro nono.

Irnerio, e che il rifacimento, ritenuto opera di Rogerio, sia invece quello di Placentino.

A questa ipotesi si contrappone quella del Fitting, che la *Summa* più antica, opera di Irnerio, sia stata in parte rifatta in parte semplicemente copiata da Rogerio, il quale dopo avere aggiunto i pochi titoli mancanti in fine del libro nono, avrebbe dato il suo nome alla nuova *Summa* riuscendo, così, colla complicità degli invidiosi discepoli di Irnerio, a far dimenticare l'opera del maestro. Placentino poi, avvedendosi della disarmonia fra le parti tolte di peso della *Summa* di Irnerio e quelle rifatte od aggiunte intieramente da Rogerio, avrebbe incominciato a rimaneggiare i titoli tolti ad Irnerio, poi quelli aggiunti di sana pianta da Rogerio, decidendosi in fine a rifare anche la prima parte della *Summa* di Rogerio, ossia i titoli già rimaneggiati da quest'ultimo.

Vi sarebbe poi una terza ipotesi possibile: che cioè vi siano stati due giuristi diversi Rogerio e Frugerio e che il secondo abbia preso a rimaneggiare l'opera del primo. L'ipotesi si fonderebbe specialmente sopra un passo di Odofredo, dove si cita l'opinione *d. Mar. Pla. Rog. et Fregerii*.¹⁾ Certo il nome di *Frogerio* esisteva pure accanto a quello di Rogerio e non era nemmeno molto raro. Infatti già il Tamassia²⁾ ha notato, come negli statuti bolognesi del secolo XIII si trovi menzionato un Frugerio da Marano: si aggiunga che in molti diplomi della contessa Matilde compare un *Frogerio* capellano,³⁾ e che tale nome si trova pure non di rado nei documenti bolognesi, a quanto seppi dal Chiar.^m Prof. Gaudenzi. Non ha quindi ragione il Fitting, il quale nel sostenere che Rogerio vivesse ed insegnasse nella Francia meridionale, si basa anche sulla forma *Frogerio*, che accennerebbe, secondo il parere del Prof. Suchier, piuttosto a quella regione che non all'Italia⁴⁾

1) Cfr. TAMASSIA, *Odofredo*, pag. 102.

2) *Odofredo* l. c.

3) Documenti del 1100, 1102, 1104 ecc. in BACCHINI, *Istoria del monastero di S. Benedetto di Polirone*, Modena, 1696, Appendice, p. 53, 57, 72-73 ecc. Ho anche confrontato l'edizione coll'importante e, credo, sconosciuto codice diplomatico del monastero, compilato nella seconda metà del secolo XV, e posseduto ora da me.

4) FITTING, *Summa Codicis*, p. XXIV, n. f.

Ciononostante nel caso concreto propenderei a credere che invece di *Rog. et Frugerus* si leggesse nel ms. di Odofredo, che servi all'editore, *Rog. vel Frug.*, forse come variante (essendo molto facile lo scambio fra *R* ed *fr*), e che ad ogni modo l'ipotesi enunciata sia senz'altro da respingersi.

Può ancora sorgere un'altra ipotesi non sostanzialmente diversa da quella del Fitting; ed è questa, alla quale io darei, per ora, la preferenza.

La *summa* attribuita ad Irnerio venne compilata verso la metà del secolo duodecimo, da autore a noi ignoto. Rogerio prese poi a scrivere una nuova *summa*, basandosi in gran parte su quella più antica.

Rimasta interrotta l'opera, probabilmente per la morte di Rogerio, la sua *summa*, che comprendeva gran parte dei primi quattro libri ed il principio del quinto, venne completata da qualche amanuense copiando semplicemente le parti mancanti dalla *summa* più antica. La fine del libro non fu aggiunta da altri, oppure è opera di Rogerio stesso, che avrebbe incominciato, in questo caso, dal completare l'antica *summa*, che si arrestava a IX, 7.

Da ultimo Placentino intraprese la continuazione dell'opera di Rogerio e la condusse a termine. Ma temendo poi che per essere la nuova *summa* opera di due autori, si generasse confusione ed il suo lavoro potesse attribuirsi a Rogerio, si decise a rifare anche i titoli prima elaborati da Rogerio, dando così una *summa*, nella quale " a capite usque ad calcem, ab initio usque ad finem nihil inveniri valeat, quod sit alienum „.

In favore di questa mia ipotesi si possono far valere i seguenti argomenti.

1.º Placentino, come notò, con felice congettura, il Fitting, incominciò il suo lavoro precisamente là dove si arrestava quello di Rogerio, ossia al titolo *de aediliciis actionibus* (IV, 58). Ciò appare dal principio di questo titolo " Pertractatae sunt in superioribus a Rogerio bonae memoriae actiones empti et venditi, quae sunt quasi principales et dominae: nunc ordiamur et dicamus de aediliciis actionibus etc. „

Evidentemente egli voleva solo continuare l'opera di Roge-

rio, come del resto narra egli stesso. Quando poi ebbe rifatto anche la prima parte, allora le parole " a Rogerio bonae memoriae ", che non avevano più ragione d'essere, rimasero per errore in alcuni mss. tratti da esemplari più antichi, mentre in altri vennero cancellate ed in seguito anche omesse affatto. ¹⁾

Ma se Rogerio stesso avesse completato la sua *summa*, copiando quella più antica, la sua opera non sarebbe più stata *imperfecta*, si sarebbe presentata come un tutto, e Placentino, il quale conosceva anche la *Summa* più antica, non avrebbe almeno mancato di rilevare il plagio così sfrontatamente commesso. Lo stesso si dica di Bulgaro, il quale, secondo il Fitting, ²⁾ avrebbe scritto una glossa all'opera di Rogerio. Ed invero sarebbe molto strano che i quattro dottori (compreso Bulgaro, che fu nella nota causa del 1162 avversario di Rogerio ³⁾) e poi Placentino ed i suoi contemporanei facessero, si può dire, una congiura, per fare dimenticare le opere d'Irnerio, e nel medesimo tempo lasciassero che un plagiatario qualunque se le attribuisse.

Insomma, secondo Fitting, i quattro dottori, con ingenuità più che medievale, si sarebbero acconciati a che un loro scolaro si innalzasse anche sopra di loro, purchè ne fosse insieme offuscata la fama di Irnerio. Tale cieco accanimento non ci pare davvero credibile.

Il fatto svelatoci dal principio del titolo *de aediliciis actionibus*, è ampiamente confermato da un altro fatto sfuggito al Fitting, che cioè la prima parte dell'opera di Placentino, ossia appunto quanto precede tale titolo, si trova da sola nel ms. di Vich, prima della *summa* di Rogerio.

Questo ms. venne sommariamente descritto dal Fitting ⁴⁾ in base a notizie avute da alcuni dotti spagnuoli,

1) Cfr. SAVIGNY, II, p. 107, nota a. Solo per errore del traduttore italiano, che fraintese completamente l'originale tedesco, si dice in questa nota, che le parole *a Rogerio bonae memoriae* mancano nell'unica edizione della *Summa* di Placentino, Magonza, 1536. Ciò è assolutamente falso.

2) *Summa Codicis*, p. XVII.

3) SAVIGNY, II, 105-106.

4) *Zeitschr. der Sav. - Stift. für RG.* .R. A. XIV, 1893, p. 182-187.

A f. 42 vi si trova la *Summa modicis* di Placentino preceduta dai soliti versi, dal prologo e dall'introduzione ¹⁾, ma che finisce a f. 117 colle parole " ut manumittatur manumittere non voluit, ut D. de manumissionibus, lege secunda. „ Tali parole, che il Fitting cercò inutilmente nell'edizione della *Summa* al libro VII, titolo I, formano invece la chiusa del libro IV, titolo 57.

Segue nel ms. la *Summa* di Rogerio col titolo " Incipiunt summe frogerii super codicem iustiniani. „ ma la *Summa* finisce a f. 234 colle ultime parole della *Summa* di Placentino, cosicchè come già osservò Fitting, è probabile che si tratti dellà *Summa* di Rogerio colla continuazione di Placentino. E sarebbe veramente importantissimo esaminare il ms. e vedere quale sia realmente la parte dovuta a Rogerio, quale l'opera del continuatore.

Dissi sopra, che Placentino conosceva certamente la *Summa* più antica, di cui si era già servito Rogerio. Infatti pare che anche nelle parti già rimaneggiate da Rogerio il Placentino, pur attenendosi spesso, o talora quasi letteralmente, al rifacimento, abbia avuto presente la *Summa* più antica, ²⁾ come si vede, per esempio, dai seguenti raffronti:

SUMMA	PLACENTINO	ROGERIO
<i>Exord.</i> 4. " Intendunt autem principes super aequitatem rudem constitutare et in formam seu preceptionem redigere....	Super his omnibus intendunt principes nostri. Super equitate ruli intendunt eam... in preceptionem redigere....	Est autem communis materia omnium de iure tractantium equitas rudis..... circa rudem equitatem hoc intendunt.... in preceptis redigere....

1) Non è vero che il prologo e l'introduzione siano ancora inediti. Vennero invece pubblicati da PESCATORE, *Beiträge*, I. c. Sui versi vedi anche il mio scritto *Sull'introduzione del Digesto a Bologna (Riv. ital. XIV, estr.)* p. 10 n. 1.

2) Ciò non fu notato dal Fitting, il quale anzi dice di non aver trovato rapporti certi fra le due *Summae*. (*Summa Codicis*, p. XCII.)

SUMMA

PLACENTINO

ROGERIO

II, 3 Sepe evenit, ut in ius vocati transigant seu alias paciscantur, eaque ratione de pactis ...dicit. sed quia in ius vocati saepe malunt pacisci et transigere, quam ad iudicium venire... primo tractemus de pactis et transactionibus.

III, 13.... Lex aquilia, plebiscitum est.... III, 35 Lex aquilia, quae plebiscitum est..

IV, 3 *Generalis* condictio enodata est. IV, 5. *Exposita* certi conditione, quae ideo ponitur in tractatu primo, quia *in sui generalitate* invenitur praecipua.... IV, 5. Cum eius conditionis, quae a re sumitur nomen, tractatus convenienter expositus sit....

IV, 6 Condictio rei furtivae irregularis est, quae parem maleficio causam habet, licet ex maleficio non sit. in qua turpitudine eius qui subtrahit vertitur, rationabiliter condictioni supradictae supponitur. in qua intuendum est ex qua causa nascatur, et cui et in quem competat... IV, 8. Condictio ob turpem causam pertractata, competenter subijcitur de condictione furtiva, quae actionem sumit a fure, licet non oriatur ex furto tamen, quia non est ex maleficio. Videmus itaque unde nascatur, cui, in quem... detur.... IV, 8, De ea condictione quae ob turpem causam datur dictum est: nunc de condictione furtiva, quae causam a turpitudine trahit, id est a furto, dicendum est. Ubi videndum est quae ex causa, cui et adversus

IV, 11 Erat autem reconstitutum, ut... hoc die tamen hoc emendatum est... IV, 11 Prisco iure reprobato, tantum est moderno....

IV, 34 De actionis *imminutione* hactenus dictum est. nunc de eius augmento dicemus IV, 32 Exposuimus qualiter actio perimatur et *minuatur*: nunc audiamus quemadmodum IV, 37. Acciones per exceptionem tolluntur ipso iure: eo tractavit de quibusdam excep-

SUMMA

PLACENTINO

ROGERIO

dum est. idcirco de
usuris annectit; usu-
re enim principale de-
bitum augent.

dum augeatur: et quia
hoc fit per usuras, de
usuris tractemus.

tionibus et compensa-
tionibus. Quia quan-
doque augentur usu-
ris, tunc tractat nunc
de usuris.

V, 1 Satis compen-
diose satisque dilu-
cide de contractibus
seu de his societati-
bus pertractatum est,
in quibus res pecu-
niaria vertitur. nunc
de his in quibus non
quid pecuniarium
principaliter specta-
tur, set personae ip-
sae inter se sub qua-
dam ratione societa-
tis copulantur seu co-
niunguntur.

In libro superiori de
societate, quae con-
trahitur propter pe-
cuniam quaerendam,
nunc audiamus de so-
cietate coniugali, quae
celebratur propter
prolem procreandam.
vel aliter: audivimus
supra de contractibus
rerum, nunc dissera-
mus de contractibus
personarum....

Audivimus in supe-
rioribus de contrac-
tibus rerum.... nunc
audiamus de contrac-
tibus personarum....

V, 4 Preparatoria ex-
plicita sunt. nunc de
ritu ac celebritate ip-
sarum nuptiarum ser-
mo habendus est.

Praemissis praepara-
toriis nuptiarum po-
nit de nuptiis. ¹⁾

Non abbiamo tenuto conto di parecchi luoghi, nei quali la
concordanza della *Summa* con Placentino dipende dall' uso di
fonti comuni, e specialmente del Codice di Giustiniano. Così è,
per esempio, in *Summa* I, 12, III, 4 (*Plac.* III, 11), IV, 33 (*Plac.*
IV, 31) e via dicendo. Notiamo poi ancora, che non è sempre e-
sclusa la possibilità, che il testo genuino di Rogerio si accostasse
alla *Summa*, più di quello del ms. di Tubinga, riprodotto nell'e-
dizione di Palmieri, ossia che il testo, di cui per necessità mi

¹⁾ Forse il passo corrispondente manca in Rogerio per un semplice errore del ms.
o dell'edizione.

servii per i raffronti, sia stato qualche volta modificato per errore degli amanuensi od anche per deliberato proposito.

2.^o Avendo Placentino incominciato il suo lavoro dal titolo 58 del libro quarto col solo proposito di completare il lavoro lasciato interrotto da Rogerio, era naturale che egli accogliesse immutati, o quasi, i pochi titoli già rifatti da Rogerio in principio del libro quinto. Ed infatti tali titoli si trovano riprodotti, si può dire, alla lettera anche nella *Summa* di Placentino, fatta eccezione per il primo, che venne rimaneggiato. Solo parecchie *continuationes titulorum*, che nell'edizione della *summa* di Placentino si trovano giustamente a capo dei titoli, in quella della *Summa* di Rogerio formano invece la chiusa dei titoli precedenti: errore (nato certamente dall'uso di scrivere nei manoscritti le rubriche a margine), per il quale sfugge a primo aspetto l'identità dei due testi.

Placentino non accolse però immutati gli ultimi titoli del libro nono, sia perchè allora pensasse già a compilare anche la prima parte della sua *Summa*, sia per altra ragione.

Ad ogni modo il fatto degli otto titoli comuni in principio del libro quinto e l'espressione " Pertractatae sunt in superioribus a Rogerio bonae memoriae actiones empti et venditi „ rimasta sempre in principio del titolo 58 del libro quarto, dimostrano ad evidenza che la seconda parte della *summa* di Placentino, la quale incominciava appunto da detto titolo, era già diffusa, prima che egli scrivesse la prima: il ch     anche confermato dal ms. di Vich, e dalle espressioni di Placentino stesso nella Prefazione alla *Summa in tres libros*.

3.^o Che la *Summa* edita dal Palmieri sia realmente di Rogerio, s'intende nelle parti non copiate dalla *Summa* pi  antica, appare da una citazione di Azzone, e dalla testimonianza dei mss. di Tubinga e di Vich ¹⁾

Quanto alla notizia data da Odofredo sull'autore della pi  antica *Summa*, essa si pu  facilmente spiegare sia per il fatto

1) Cfr. FITTING, *Summa Codicis*, p. XVI-XVII e nota c. Non intendo con questo dire che il ms. di Tubinga dia proprio la *Summa* senza alterazioni, o rimaneggiamenti. Io vidi in Tubinga il ms., ma lo esaminai solo per riguardo alle glosse del cosiddetto *libro di Tubinga*, che vi   pure contenuto.

che Placentino nel suo Proemio ricorda solo Rogerio (come in seguito Azzone solo Placentino), sia per ciò, che, completata la *Summa* di Rogerio mediante la più antica, venne attribuita a lui tutta l'opera, cosicchè, se anche per combinazione Odofredo fosse venuto a conoscere la *Summa* antica, l'avrebbe facilmente attribuita a Rogerio in vista della perfetta identità di gran parte di essa colla *Summa* ormai conosciuta come opera di Rogerio.

Quanto poi all'epoca, in cui questi possa aver composta la *Summa*, non sarebbe nemmeno il caso di discuterne, ove fosse provata l'affermazione del Fitting sull'uso di essa da parte dell'autore della *Summa* provenzale e sulla data di quegt'ultimo lavoro. L'opera di Rogerio non potrebbe essere posteriore al 1145 all'incirca. Finora però non possiamo che registrare quanto dice in proposito il Fitting, non senza osservare, che siccome non crediamo provato il preteso plagio di Rogerio, ma ammettiamo invece, che egli abbia lasciata la sua opera *imperfecta*, propenderemmo, fino a prova in contrario, a credere che la morte abbia interrotto il suo lavoro, che dovrebbe in questo caso porsi fra il 1160 e il 1170.

Tale data sarebbe resa anche più probabile da un accenno all'imperatore Federico Barbarossa appunto in IX, 7:

Bona eius publicantur et memoria post mortem dampnatur: hoc verum est quando reus criminis perduellionis fuerit hostili animo adversus rem publicam animatus, si crimen a successoribus non purgatur. Hodie tamen per constitutionem imperatoris Friderici indistincte publicantur.

Così l'edizione di Palmieri. Fitting ¹⁾ cerca di eliminare la difficoltà che nasce da questo passo, facendo osservare che il manoscritto di Tubinga da solo *imperatoris f.* e che la parola *publicantur* è scritta su rasura. Per ciò egli leggerebbe *fisco..... addicuntur*.

Senonchè chiunque al posto del Palmieri avrebbe, come lui, letto *imperatores Friderici*, poichè l'abbreviazione *f.* potrebbe essere interpretata *fisco*, solo quando tale parola si trovasse già prima ed anche frequentemente; e d'altra parte non si capirebbe

1) *Summa Codicis*, p. XXVII, nota c.

la vaga citazione *per constitutionem imperatoris* ¹⁾, nè il fatto che la parola *publicantur* è scritta su rasura ci autorizza a sostituirvi *addicuntur*. Piuttosto si potrebbe ritenere, che le parole "Hodie..... publicantur „ siano un'interpolazione, e ad ogni modo converrebbe consultare gli altri mss. di Rogerio, poichè il passo in questione e quelli, coi quali è congiunto, danno luogo a molti dubbi.

16. Mi asterrò per ora completamente dall' esporre qualsiasi congettura sull'autore della *Summa* pubblicata dal Fitting, tantopiù perchè allo stato attuale delle cose oso appena sperare nella possibilità di una soluzione definitiva della grave questione.

Merkel ²⁾, che primo esaminò il ms. Bolognese della *Summa*, certo molto superficialmente, credette di ravvisarvi un rifacimento della *Summa* di Rogerio per opera di qualche ignoto. Saigny ³⁾ congetturò poi, che si trattasse del rifacimento di Placentino. Ma bastava un confronto superficialissimo delle due *Summae* per avvedersi, che quella comunemente attribuita a Rogerio era più recente del preteso rifacimento, e se ne avvide infatti, primo fra tutti, lo Haenel ⁴⁾, poi il d'Ablaing. ⁵⁾ Questi credette di poter attribuire la *Summa* più antica al glossatore Ugo, escludendo in modo assoluto che potesse esserne autore Irnerio con

1) Non so però a quale costituzione di Federico si possa riferire la citazione, se non forse alle prescrizioni della dieta di Roncaglia, per le quali sono posti senza distinzione fra le regalie i beni « dampnatorum et proscriptorum, secundum quod in novis constitutionibus cavetur. » *Mon. Germ. Constitutiones* p. 245. Colle ultime parole si rinvia probabilmente alla novella 134 in fine, ma come a questa novella poteva riferirsi il testo stesso di Rogerio, dove si parla di un diritto nuovo, mentre la novella si limita per il reato di lesa maestà a confermare le *veteres leges*? Del resto, che può significare, specialmente colla seconda ipotesi esposta, la parola *indistincte*?

2) In SAVIGNY, II, p. 116.

3) *Storia del dir. Romano*, II, 115-116. Così pure ANSCHÜTZ, *Summa legis longob.* p. 15

4) *Descriptio Codicis Trecensis*, p. 17: « Hoc loco satis est dicere eodem modo discrepare Rogerii Summam a Breviario Codicis Trecensis, quocum congruere videtur codex Bononiensis, atque Rogerii dissensiones Dominorum a vetere earum Collectione discrepare demonstravi in Dissensionibus Dominorum a me editis pag. VII et XII.

5) *De Summa Codicis van den Glossator Ugo* in *Rechtsgeleerd Magazijn*, VII, p. 282-303 (*Estratto*): cfr. FITTING, *Summa Codicis*, p. XXXII e segg. Palmieri, il quale aveva dapprima accolto l'opinione di Savigny (*Appunti*, p. XVI) la dichiarò poi *del tutto erronea*, promettendo di dire in un *lavoretto apposito* ciò che pensasse della questione e delle varie recensioni e dei rifacimenti della *Summa* di Rogerio (correzione alla pag. XVI in fine del volume).

un argomento certo importante, cioè l'essere nella *Summa* esposta una teoria attribuita costantemente a Iacopo. Tale argomento è combattuto dal Fitting coll'osservazione, che i glossatori usavano appropriarsi liberamente le teorie del maestro, nel qual genere di plagio si sarebbe appunto distinto specialmente Iacopo.

Fitting cerca inoltre di invalidare gli argomenti addotti dal d'Ablaing in favore di Ugo, ed espone invece gli argomenti, che provano essere la *Summa* opera di Irnerio. Tali argomenti sono dal Fitting ¹⁾ stesso raggruppati così:

“ 1) una completa concordanza sostanziale, e nei passi decisivi anche letterale, fra la *Summa* e numerose glosse d'Irnerio.

“ 2) un rapporto affatto eguale fra la *Summa* e moltissime autentiche al Codice.

“ 3) uso corrispondente di specialissime espressioni nella *Summa* e nelle altre opere d'Irnerio.

“ 4) il comparire nella *Summa* alcune opinioni di Irnerio intorno a questioni controverse.

“ 5) citazioni dalla *Summa*, nelle quali è esplicitamente nominato Irnerio. „

Ora tutti gli argomenti dei primi due gruppi, anzi forse dei primi quattro, si potrebbero respingere in massa e senza esame, applicando un principio accolto anche dal Fitting, che cioè “ i successori di Irnerio e specialmente i quattro dottori si sono appropriati senza la più piccola esitazione ed in larghissima misura ciò, che era proprietà intellettuale di lui, e questo senza punto ritenere necessario nominarlo. ²⁾ „

Tale principio è forse esagerato dal Fitting, ma ad ogni modo è vero e basta a togliere ogni valore a molti degli argomenti invocati dal Fitting stesso. Infatti essendo le glosse, ed a maggior ragione le autentiche, unite ai testi del *Corpus juris* e cadendo così continuamente sott'occhio, finivano quasi coll'immedesimarsi nella mente dei glossatori coi testi stessi, e coll'apparire facilmente, come questi, patrimonio comune di tutti. Perciò ricorrendo ad argomenti analoghi a quelli usati dal Fitting,

1) *Summa Codicis*, p. XXXVI.

2) FITTING, *Summa Codicis*, p. XXXV.

troppi altri scritti potrebbero essere attribuiti ad Irnerio, oltre ai cinque o sei che vengono ora d'un tratto giudicati opera sua.

Intorno al primo gruppo di argomenti dirò di più, che non può non fare impressione il vedere così poche analogie fra l'apparato di glosse Irneriane a parecchi titoli del Codice edito dal Pescatore ¹⁾ ed i titoli corrispondenti della *Summa*.

Per quanto poi riguarda il quarto gruppo d'argomenti, mentre non può far meraviglia, dopo ciò che abbiamo detto, trovare che l'autore della *Summa* segua talora l'opinione di Irnerio in questioni controverse, sarebbe gravissimo il potere invece constatare il contrario. Ora il Fitting ²⁾ ha notato alcune questioni, nelle quali l'opinione seguita nella *Summa* è diversa da quella attribuita ad Irnerio nella raccolta di *dissensiones* di Ugolino, dovendo quindi di necessità supporre che il testo di questa raccolta sia corrotto. Quest'ordine di ricerche meriterebbe però di essere ancora approfondito. ³⁾

Gli argomenti raggruppati nel terzo numero si riducono a questo, che nella *Summa* il Digesto sarebbe indicato con *Responsa prudentium* o *Responsa* senz'altro, il Codice con *constitutiones* e le Novelle con *novae constitutiones*.

Ora per quanto riguarda le Novelle, l'essere esse indicate come *novae constitutiones* non ha certo molta importanza ⁴⁾.

Quanto al Codice ed al Digesto, Fitting cita specialmente il seguente passo: "et licet in Constitutionibus nichil de eo dictum sit, nos tamen iuris consultorum gratia, qui de eo in Responsis prudentium latius proferunt..... adiungimus. „

Dell'uso della parola *Constitutiones* ad indicare il Codice, Fit-

1) *Die Glossen des Irnerius*, p. 80 e segg.

2) *Summa Codicis*, p. XLIX e segg.

3) Cfr. però tanto per la *Summa*, come per le altre opere attribuite ad Irnerio, le osservazioni dello Schupfer, nei due lavori citati.

4) In un passo di Odofredo, *de modo studendi*, riportato in WENCK, *Magister Vacarius*, p. 140 n. x, si legge: «Advertat etiam novitius, quod ante autenticas, quae sunt inserte C. solet esse scriptum Con. no. id est Constitutio nova» Si veda anche la citazione «in novis constitutionibus» sopra p. 117 n. i. In moltissimi mss. l'autentico è intitolato *liber novellarum constitutionum* ed anche Azzone cita *novellas constitutiones* (III SAVIGNY, I, 708, n. f.). *Novellae constitutiones* è del resto il nome indicato dallo stesso Giustiniano nella costituzione *Cordi*.

ting non ha trovato esempio nelle glosse d'Irnerio, e per contro riconosce, che della parola *responsa* usavano i glossatori ad indicare le singole decisioni contenute nei frammenti del Digesto.

L'argomento quindi, non avrebbe un gran peso. Ma lo ha tanto meno quando si ricordi, che un passo affatto analogo a quello ora riportato si trova perfino nel *liber iuris floren'inus*, del principio del secolo decimoterzo, e che la stessa terminologia è usata da Stefano Tornacense morto nel 1203 ¹⁾. Del resto l'uso di indicare il digesto coll'espressione *responsa prudentium* non è certamente conforme alla retta terminologia, ma deve essere nato per equivoco del fatto che Giustiniano ordinò ai compilatori del Digesto di valersi solo delle opere di scrittori, che avessero avuto il *ius respondendi*. ²⁾ Lo stesso Giustiniano usa poi più volte la espressione *codex constitutionum*, che spiega come il Codice abbia potuto essere indicato talora colla semplice parola *constitutiones*, del resto non mai usata come termine tecnico.

Resta l'ultimo gruppo di argomenti, cioè le pretese citazioni dalla *Summa* col nome di Irnerio, nessuna delle quali mi pare regga all'esame.

La prima si troverebbe nella *Summa* stessa di Rogerio (I, 7).

“ Ita solvitur: aliud est esse contra legem, aliud contra formam legis. set alienatio predii minoris non est contra legem set contra formam legis. senatus enim dat certam formam quomodo possit alienari, contra quam si fiat, valet quod sequitur ob id. et hoc secundum gar. Vel aliter potestis determinare: regula que dicit “ quod factum contra legem etc. „ loquitur de his que habent perpetuam causam prohibitionis. set alienatio predii minoris non habet perpetuam set temporalem. et hoc secundum y.

Fitting ³⁾ riferisce la prima citazione “ *secundum gar.* „

1) *Liber iuris Flor.* IV, 35 § 1 ...quia neque inperialibus constitutionibus de ea est mentio, sed in responsis prudentum: Stefano, *Summa* (scritta verso il 1170) in SCULTE, *Gesch. der Quellen*, I, 251-52 (cit. anche da Conrat nella prefazione al *liber Flor.* p. XIX n, 1): De iure humano varie ac diffuse in constitutionibus principum et responsis prudentum multa leguntur. Anche nella *Summa Institutionum*, della quale parleremo in seguito, troviamo I, 9 (10): ut facile in constitutionibus et digestis notari potest.

2) *Constit. Deo auctore* § 4. In Placentino (*Summae instit. exordium* § 17) si legge, che « ex senatus consultis et ex pretoriis edictis et ex prudentium responsis » vennero composti i libri usati poi a formare il digesto.

3) *Questiones*, p. 30 e segg.: *Summa Codicis*, p. LI e segg.

alle *Questiones*, che pure concordano solo nel senso non nelle parole ¹⁾, la seconda “ *et hoc secundum y.* „ alla *summa Codicis*, I, 14 § 7, ma le parole di Rogerio hanno invece molto maggiore analogia, con una glossa Irneriana citata dal Fitting stesso e firmata appunto *y.*

“ item prohibitorum quedam perpetuam prohibitionis habent causam..., quaedam specialem (*leggi temporalem, come propone Fitting*) ex quibus ea que perpetuam causam prohibitionis vel turpitudinem continent nec ipsa convalescere nec eius subsequitivum effectum habere potest, ea vero que temporalem et convalescere poterunt et eius subsequitivum ab initio de iure valet, ut si *predium minoris sine decreto alienetur.....*, ” ²⁾

Quanto alle glosse concordanti colla *summa* e citate dal Fitting come tratte da essa, è invece più probabile, o almeno non è mai esclusa la possibilità, che esse siano appunto la fonte dei passi corrispondenti della *summa* stessa.

Ad ogni modo nelle opere dei glossatori, per quanto finora è noto, manca assolutamente un accenno qualsiasi ad una *summa Codicis* composta da Irnerio, e ciò costituisce un argomento di moltissimo valore contro le ipotesi del Fitting, il quale non è riuscito, parmi, ad attenuarne l'importanza.

17. Poche parole potranno bastare, per quanto riguarda il frammento “ *de natura actionum* „ la cui attribuzione ad Irnerio potrebbe essere sostenuta, solo quando questi fosse già riconosciuto autore della *summa Codicis*. Infatti tale attribuzione si fonda specialmente sulle analogie fra il frammento ed alcuni passi della *summa* e sul fatto che in questa (IV, 10 § 9) è promessa una trattazione più ampia della materia delle *actiones*, colle parole “ *nos vero naturam (actionum) et earum causam alio in loco annuente Deo latius atque utilius, prout res exigit, enodabimus...* „

1) *Quest.* III, 5, 6: aliud est in his quae regulariter quidem prohibentur, set cum certa permittuntur observatione, ut alienatio super minorum prediis.

2) FITTING, *Summa Cod.* p. LII, da PESCATORE, *Glossen des Irnerius*, p. 78. Da questa glossa dipende anche il testo della *Summa Codicis*, che presenta però minori analogie con Rogerio, poichè vi si legge « si perpetuo prohibita sunt.... si autem temporalem causam servat... alienatio in re minoris facta sine decreto » in luogo delle espressioni comuni a Rogerio ed alla glossa.

. Ora, dato che in questo passo l'autore prometta realmente uno scritto speciale sulle azioni ed abbia poi mantenuto la sua promessa, si può egli ritenere provato, che un frammento di tale scritto ci sia appunto conservato nei §§ 1-30 del cosiddetto *Compendium iuris*? L'opera, a cui questi paragrafi appartenevano, per quanto si può giudicare da essi, segnerebbe proprio un progresso di fronte alle *Questiones* ed alla *Summa*, e la materia delle azioni vi apparirebbe trattata *latius atque utilius, prout res exigit*?

A me non pare. Ma non ammettendo che Irnerio sia autore della *Summa Codicis*, è inutile, che mi dilunghi su questo punto secondario.

Del resto, come è noto, il Fitting credette altra volta ¹⁾ che i citati §§ 1-30 del *Compendium iuris*, insieme ai §§ 53-58 e 59-64 (cioè i capitoli I, III e IV del *Compendium*), fossero tratti da un'opera scritta prima che le compilazioni Giustinianee fossero introdotte in Italia; ma le pretese tracce di diritto antegiustiniano vennero a ragione combattute dal Conrat, ²⁾ e probabilmente il Fitting stesso aveva già prima d'ora abbandonato la sua ipotesi. ³⁾

18. Possiamo ora dare anche qualche notizia sopra la *Summa Institutionum*, attribuita ad Irnerio e di cui il Palmieri ha annunciato ed incominciato la stampa.

Tale *Summa* è contenuta in due mss., uno di Bologna, l'altro di Vienna, entrambi scorsi (non oso dire esaminati) da me. Inoltre il Palmieri, colla consueta cortesia, di cui mi è grato ringraziarlo pubblicamente, pose a mia disposizione la parte finora stampata della *Summa*, ossia il proemio e diciassette titoli del primo libro, corrispondenti ai primi diciannove delle Istituzioni. ⁴⁾

1) *Iuristische Schriften*, p. 49 e segg.

2) *Epitome Exactis*, passim: *Geschichte der Quellen*, I, p. 156-157. Cfr. anche FLACH, *Études critiques*, p. 20-21.

3) Cfr. *Bologna*, p. 54-55, dove il Fitting sostiene che appartengano all'epoca Giustiniana i §§ 31-52 del *Compendium iuris*, senza occuparsi degli altri (fra cui quelli in questione), e dicendoli anzi in parte di gran lunga più recenti.

4) La differenza nel numero dei titoli nasce da ciò, che il ms. di Bologna incomincia col titolo terzo *de iure personarum*, mentre i due primi titoli si trovano solo nel ms. di Vienna, nel quale manca ogni divisione, e vennero dal Palmieri riuniti in uno solo. Inoltre nel titolo XVII della *Summa*, che viene quindi a corrispondere al XVIII delle Istituzioni,

In tal modo ho potuto farmi un'idea abbastanza precisa di questa opera, che dovrebbe secondo l'editore fornire una nuova prova delle recenti teorie, ¹⁾ ma, per vero dire, fece su me ben diversa impressione.

Certo non dispiacerà al Palmieri, che io gli offra l'occasione di rispondere, nella Prefazione della sua edizione, alle obbiezioni, che altri avrebbe senza dubbio mosse in seguito.

Vediamo anzitutto dei mss.

Il ms. bolognese è lo stesso, che contiene anche la *Summa Codicis*.

La *Summa Institutionum* vi è attribuita a Placentino, non da mano più recente, come venne detto, ma bensì da mano contemporanea al codice stesso, ossia del secolo decimoterzo. L'opera incomincia solo col titolo *de iure personarum* (*Inst.* I, 3), benchè il ms. non sia mutilo, ed è divisa in titoli preceduti dalle rubriche stesse delle Istituzioni più o meno complete. Nessun titolo e nessuna rubrica sono omissi, almeno nel primo libro, che ho esaminato per intero.

Il ms. di Vienna, che porta ora il n. 2176, contiene in più il proemio ed i primi due titoli. Il testo non è però diviso in titoli e mancano affatto le rubriche. Inoltre passarono nel testo stesso numerosissime aggiunte di maggiore o minore importanza ed ostensione, ed alcune di esse portano la sigla di Martino. Secondo Palmieri, questo ms. ci darebbe quindi il testo d'Irnerio colle aggiunte di Martino.

Il catalogo della Biblioteca di Vienna attribuisce il nostro ms. al secolo decimoterzo: a me parrebbe, che si possa risalire alla fine del secolo duodecimo, mentre Palmieri propende per un'epoca anche anteriore.

si tratta anche la materia del titolo seguente (XIX delle Istituzioni) *de fiduciaria tutela*. Però nel mio esame del ms. ho constatato che tale rubrica esiste nel ms., come tutte le restanti del libro primo. Forse della tutela fiduciaria si parlerà più diffusamente in un titolo apposito. Del resto trattandosi di *prime prove di stampa*, in gran parte non corrette, è probabile che l'edizione definitiva si scosti in qualche parte dal testo, che do in seguito, correggendo talora alla meglio di congettura.

1) Si veda l'articolo citato nella *Gazzetta dell'Emilia* (*Una gloria Bolognese. Irnerio e le sue opere.*), come pure l'annuncio dell'editore Guttentag: « *La Summa Institutionum fournit une nouvelle preuve importante que toute la littérature systematique du droit sortie de l'École des Glossateurs remonte à Irnérius.* »

Il ms. non era veramente ignoto, poichè non dubito, che sia quello stesso indicato coll' antica segnatura *Ius Civ.* 192 da Savigny, II, 114 n. a, e dal quale Cramer ¹⁾ aveva già pubblicato parecchi estratti. Savigny riteneva che la *Summa* fosse da attribuirsi ad uno scolare, contemporaneo di Martino. Ma già prima gli autori del *Prodromus corporis iuris civilis* ²⁾, correggendo molto giustamente la indicazione del catalogo della biblioteca di Vienna, chiamavano l'opera non una *Summa*, ma una parafrasi delle Istituzioni.

Il ms. fu poi esaminato recentemente dal compianto d'Ablaing, il quale trasse copia di parecchi degli scritterelli, che vi si trovano dopo la *Summa Institutionum*. Sulle copie del d'Ablaing è poi basata l'edizione fattane dal Pescatore nei suoi *Beiträge*, fascicolo II, numeri I ed XI ³⁾. Però l'*exordium Summae Institutionum*, pubblicato sotto questo ultimo numero anche colla scorta di due altri mss., deve già trovarsi fra gli estratti pubblicati dal Cramer fin dal 1822, benchè ciò sia sfuggito al Pescatore. Lo stesso *exordium* si trovava pure in un ms. delle Istituzioni del Seminario protestante di Strasburgo, ms. giudicato del secolo decimoterzo e disgraziatamente bruciato durante l'assedio del 1870. ⁴⁾ In questo ms. si leggeva anche il proemio della nostra *Summa Institutionum*, pubblicato esso pure dal Cramer, in base al ms. di Vienna. Potremmo quindi domandarci se il proemio non sia per avventura più antico della *summa Institutionum*, domanda alla quale non sarebbe facile rispondere in modo definitivo.

Probabilmente una copia della *Summa* si trovava anticamente fra i libri della chiesa patriarcale d'Aquileia, poichè nell'inventario fatto fra il 1358 ed il 1378 ⁵⁾ è registrato, oltre ad un *liber Institule*, un *liber institutionum*, qui incipit: " Liber

1) *Haus-Chronick*, Amburgo, 1822, p. 202-209: cfr. SAVIGNY l. c. e *Prodromus Corporis Iuris civilis*, 1823 p. 51 n. 35.

2) l. c. Non so se essi conoscessero il ms., o si fondassero esclusivamente sulle indicazioni del Cramer, che mi è ora impossibile consultare.

3) p. I e segg.: 81 e segg. Cfr. anche p. 121 n. 17.

4) *Prodromus*, p. 50-52: DYDYSKI, *Beiträge*, p. 39.

5) Cfr. VINCENZO IOPPI, *Il tesoro della chiesa patriarcale d'Aquileia* in *Arch. stor. per Trieste, l'Istria e il Trentino*, Roma, III, 1884, p. 65 e 67.

iste institutionum seu elementorum nomen habet „ ossia precisamente come il ms. di Vienna. ¹⁾

Riguardo all'opera contenuta nei due mss., di Vienna e di Bologna, essa, come già accennai, è una vera e propria parafrasi delle Istituzioni, il testo delle quali è talora riprodotto letteralmente o quasi, coll'aggiunta di glosse e commenti.

Fra la *summa Codicis* e la cosiddetta *summa Institutionum* vi è un abisso. La prima opera è generalmente concisa, chiara, di getto; la seconda prolissa, slavata, sconnessa.

Sbaglierò forse, ma a me pare proprio, che si tratti di lezioni forse alquanto rimaneggiate, ma in origine raccolte bene o male dalla viva voce di un insegnante, il quale naturalmente aveva sott'occhio il testo delle Istituzioni, abbondantemente glossato. Ed infatti parecchie autentiche e molte glosse, che ancora si leggono in vari mss. delle Istituzioni, sono riprodotte nella *summa* letteralmente o quasi. Inoltre l'autore di essa parla spessissimo in persona prima, anche quando non fa che ripetere o spiegare le parole del testo.

Del resto il lettore potrà farsi un'idea dell'opera dal principio del titolo *de libertinis* (I. I, 5), che scelgo a caso:

“ Cum dictum sit prius de ingenuis, quasi de dignioribus, non sine ratione postea de libertinis. *sunt autem libertini qui ex iusta servitute manumittuntur.* iustam dico ad differentiam imaginariae que fiebat in filio, cum a patre vendebatur, ut ab emptore imaginario manumissus sui iuris efficeretur. *Manumissio autem est libertatis donatio.* nam libertatem dando a manu dicor dimittere, quia e contrario servitute retenta sub manu dicor retinere. *quamdiu enim quis in servitute est, manui et potestati suppositus est. Que manumissio a iure gentium originem sumpsit.* iure namque naturali non erat nota manumissio, cum servitus esset incognita. *sed quia iure gentium servitus invasit,* eodem iure gentium beneficium manumissionis est comparatum. sicque per ius gentium tria hominum genera esse ceperunt, non quod ius gentium tria hominum genera invenerit, sed cum iure naturali esset unum ho-

¹⁾ Non so se la provenienza di questo ms. sia conosciuta, e se si possa congetturare che si tratti appunto dell'antico codice di Aquileia.

minum genus, id est liberorum, postea iure gentium aliud genus hominum *his contrarium* est inventum, id est servorum; et eodem iure gentium *tertium genus* libertinorum, id est eorum, qui manumissione *desierant esse servi. Que manumissio multis modis procedit* ecc....

Si confrontino ora specialmente le parti stampate in corsivo col testo delle Istituzioni, e si noti che la spiegazione, del resto inesatta, di *iusta* è tolta quasi letteralmente da una glossa molto diffusa nei mss. ¹⁾, e si vedrà che l'autore ha messo ben poco di suo e solo ha reso prolissa ed inelegante l'esposizione, pur servendosi in gran parte delle parole stesse delle fonti.

Prendiamo ancora per esempio il principio del titolo *de nuptiis*:

“ Cum de patria potestate dictum sit, cui causam nuptie dant, merito de nuptiis videndum est. Sunt autem nuptie maris et femine coniunctio individuum vite consuetudinem optinens, ²⁾ divini et humani iuris communicatio. Et dicitur matrimonium quia mulier ad hoc nubit, ut mater efficiatur, et etiam nuptiae a nubendo dicuntur, et licet sepe a viro separetur, ea tamen spe et voto coit, ut perpetuo sit in ea affectione si perpetuo vivat. „

Si noti l'esposizione spezzata e direi quasi saltellante, la definizione di *nuptiae* tolta dalle Istituzioni, coll'aggiunta di una sola parte della definizione di Modestino, le etimologie di *nuptiae* e *matrimonium* tolte quasi certamente da una glossa ³⁾, come pure l'ultima parte “ *licet sepe* ecc., nella quale appunto da una glossa sembra sia penetrata l'espressione *in ea affectione*, che presuppone naturalmente, che dell'*affectio* si fosse già parlato prima. Ora anche la glossa Accursiana alla citata definizione di *nuptiae* (*Inst.* I, 9, 1) dice: “ individuum. Quo ad affectionem..... actu

1) Glossa del ms. Torinese D, V, 19 edita da BOLLATI in SAVIGNY, III, Appendice, n. 27: Imaginaria servitus erat, que fiebat in filio familias, cum a patre venderetur, ut ab emptore manumitteretur. et sic sui iuris efficeretur: ms. Torinese D. III, 13:.... vel dicit iustam ad differentiam imaginarie servitutis, quae fiebat in liberorum emancipatione: Ms. Vaticano 8732: Iustam dicit respectu imaginarie servitutis, que erat in filiis quando ducebantur in servitum et sic manumittebantur.

2) Invece di *continens*, forse solo per errore di stampa. L'aggiunta all' *Epitome Ex.* citata nella nota seguente ha però *retinens*.

3) Cfr. la glossa accursiana *nuptiae* ad *Inst.* I, 9 § 1: *Epit. Exactis add.* I, 23 ed i luoghi ivi citati. Servio (in *Auct. lat. linguarum*, 1602, col. 1368) matrona... dicta matris nomine, spe atque omine, unde et matrimonium dictum.

enim plerumque fit separatio, tam iure veteri quam novo permitte, ecc. „ e mi pare, che Accursio abbia qui frainteso una glossa più antica, il cui autore intendesse parlare della separazione, che naturalmente avviene per la morte di uno dei coniugi, poichè è un pò strano dire che *plerumque* i matrimoni finiscono in un divorzio.

Aggiungiamo un' ultimo esempio. Il titolo *de legitima patrum tutela* non dà che una parafrasi del testo delle Istituzioni. Solo in fine, dove si dice che alla donna non può essere affidata la tutela, l' autore aggiunse: “ est enim virile officium et ultra sexum femineae infirmitatis. Minores quoque et milites et quidam alii ad hereditatem vocantur, licet ad tutelam etiam aspirare prohibeantur.

Per la prima osservazione, del resto abbastanza ovvia, si confronti la glossa 113 del ms. Torinese *D. V*, 19 ¹⁾: “ alterius defensionem suscipere virile officium est „; per l'ultima parte la glossa 112 dello stesso ms. “ Minores et milites ad hereditatem vocantur, sed ad tutelam aspirare prohibentur. „

Del resto, per dimostrare l'uso continuo di un ms. glossato, darò qui una serie di passi della *Summa*, corrispondenti a glosse, che si trovano tuttora in mss. delle Istituzioni, o nella glossa Accursiana. I mss. saranno indicati colle stesse sigle usate già da me in questo *Bullettino* IV, 57 e segg. cioè:

Ambr. = Ambrosiano *C. 29 inf.*: *Ash.* = Fiorentino Ashburnhamiano 1560: *C.* = Sessoriano 110, proveniente da Casamare: *Col.* = glosse del ms. di Colonia edite dal Fitting e da lui attribuite a Gualcauso: *D.* = glosse dei fogli aggiunti al ms. Torinese *D. III*, 13: *Tb.* = glosse del ms. Torinese *D. V*, 19 edite dal Bollati: *Vat.* = Vaticano lat. 8782. Inoltre colla sigla *Bamb.* seguita dalla segnatura, si indicano i mss. di Bamberg, di cui ho parlato in questo *Bullettino*, IV, 264 e segg. Per le glosse dei mss., delle quali non ho indicato l'edizione, mi riferisco al piccolo saggio, da me pubblicato nel *Bullettino* l. c.

Proemio: institutionum.... erigit enim lectorem in statum romani iuris. (*D. 37.*)

1) Edizione di BOLLATI, cit.

“ igitur additis duabus tabulis ex accidenti vocata est lex XII tabularum (*Vat.* 14.)

“ et sic voluntate magis iudicum quam legitima auctoritate lites dirimebantur. (*D.* 13.)

I, 1 nullum enim bonum iustum est, nisi ita demum si voluntarium est. (*D.* 32.)

“ Huius autem studii, id est artis adipiscende per studium (*D.* 34.)

“ Pene „ dixi propter contractus stipulationis et emphiteoseos et litterarum obligationis, quia iure civili introducti sunt. (*C.* 61: *Tb.* 10: *Ash.* 1: *Ambros.* 1: *Bamb. D.* II, 4.)

I, 1 (2) Dicitur autem sententia firma et indubitata responsio: opinio vero est responsio cum dubitatione prolata. (*Tb.* 17: *Vat.* 2, e luoghi ivi citati.)

“ Legi namque quandoque derogatur, ut puta cum ei pars detrahitur, quandoque ipsa lex abrogatur, ut cum prorsus tollitur. (cfr. la glossa di Ugo nel ms. Viennese 2142 edita da d'Ablaing, *De Summa Cod.* l. c. p. 303 e su essa ed i luoghi paralleli Conrat, *Gesch.* I, p. 86 n. 7.)

I, 2 (3)... vel ideo hec dicitur “ summa „ quia facta est secundum ius summum, in est secundum ius gentium: inferior vero divisio dicitur “ sequens „ quia facta est secundum ius sequens, id est secundum ius civile. (*D.* 63.)

I, 3 (4) qui autem viventer (*l.* in ventre) manumittitur libertus dicitur: liber quidem nascitur et solem cum libertate simul respicit, sed non ex eo solo quod nascitur, sed quia fuit ei libertas relicta. (*Tb.* 24.)

I, 4 (5) v. sopra p. 126 e n. 1.

“ ...dediticii. qui viventes quidem serviebant, tempore vero mortis in libertatem eripiebantur. latini vero dicebantur qui ut liberti vitam agebant, sed in ipso ultimo spiru vite simul animam et libertatem amittebant.... (*Tb.* 32: *Bamb. D.* II, 5 (e *D.* II, 4 corrotta): *Epitome exactis* Add. I, 22 e luoghi ivi citati.)

I, 5 (6) Vindicta dicitur libertas dari que per iudicem datur. cum virga olim caput servi percutiebatur. et hec verba ab eo (!) proferebantur “ Aio hunc esse liberum more Quiri-

tium „ sumpta huius solempnitatis occasione a Vindice Vitteliorum servo, qui prodita filii domini sui conspiratione, civitatem romanam in suam libertatem vindicavit. (L'autore ha frainteso una glossa analoga a *D.* 56 e *Tb.* 40. Cfr. anche gl. accurs. *Vindicta*, *C.* 7 e *Col.* 13.)

I, 7 (8) ...et quicquid per servum, a domino plenam proprietatem habente possessum, fuerit ex iusta causa acquisitum, domino acquiritur... (*Tb.* 48)

“ ...bonis conditionibus, id est ne in eius potestate amplius revertatur. (Gl. Accurs. *bonis conditionibus*.)

“ cum et ipsius domini intersit auxilium servo iuste contra dominum deprecanti non denegari, ne et ipsi domino iuste quandoque postulanti ad eius instar denegetur. (*Tb.* 51.)

I, 8 (9) quod ius, scilicet patrie potestatis, proprie dicitur civium romanorum, id est eorum, qui romano imperio sunt subiecti. (Gl. Accurs. *Romanorum*.)

I, 9 (10) V. sopra p. 126 e n. 3.

“ Est autem affinitas regularitas personarum per nuptias nobis coniunctarum omni carens parentela (*Tb.* 63: *D.* 65: *Ash.* 5: *Col.* 18: *C.* 85: *Vat.* 6, ecc.)

I, 9 (10) In nuptiis autem contrahendo hodie potius ius poli quam fori spectatur. (*Tb.* 62: *D.* 64:)

I, 10 (11) ...quia in eandem personam concurrunt naturalia et civilia iura... (*Tb.* 80.)

I, 11 (12) “ Pene „ ideo dixi quia pater, qui agnovit legatum hac conditione sibi relictum ut emanciparet, extra ordinem iudicis officio emancipare cogitur, ut *D.* de conditione que sub modo causa data l. si civile. (Cfr. gl. Torinese 1^a e gl. del ms. Parigino 4421 in FLACH, *Études*, p. 129 n. 1., ma specialmente la glossa Accursiana *pene*, dove il passo riportato si trova quasi alla lettera. Così pure corrispondono nel senso la stessa glossa Accursiana e il resto del titolo della *Summa*)

I, 12 (13) et sic ius dictum quantum ad cogendum, potestas quantum ad imperandum. (*Tb.* 95.)

“ quod quidem verum est in natis et nascituris. (*Tb.* 98.)

I, 15 (16) Tria enim habemus, civitatem, libertatem et familiam ecc. (*Tb.* 106: *Vat.* 25.)

I, 16 (17) v. sopra p. 127.

I, 17 (19) Fiduciaria autem dicitur forte ab auctore, vel quod melius est, fiduciaria dicitur quod pater certa fiducia emancipabat. Aliter enim olim ad eius successionem venire non posset, quia per imaginariam vendicionem a se alienum filium faciebat. (cfr. *Tb.* 114, dove invece di *ne liceret* va letto *ut liceret*.)

Al titolo *de donationibus* (*Inst.* II, 7) notai nel ms. Bolognese la seguente glossa:

“ fere „ ideo dixit quia legata ab herede tradenda relinquuntur, donationes vero ab ipso donatore plerumque traduntur. (Cfr. C. 24 e 27 (di una delle mani più antiche), *Col.* 57 e la gl. Torinese n. 133 dell'edizione di Savigny, 142 nell'edizione di Bollati).

Nel titolo primo del secondo libro si legge, parimenti nel ms. Bolognese:

“ Est autem stadium octava pars miliarii et a stando stadium dicitur, quia ercules dicitur uno anelitu stadium cucurrisse et stetisse. „

Questo passo proviene forse indirettamente da Isidoro, *Etim.* XV, 16 e si trova pure, abbreviato, nella gl. Accursiana *stadia*, ad h. l.

Ad Isidoro (IX, 5) risale anche l'etimologia di *familia* da *femore* in I, 14(15).

Come si vede dagli esempi addotti, il ms. delle Istituzioni, che sarebbe forse il più vicino a quello usato dall'autore della *Summa*, è il Torinese *D.* V, 16, le cui glosse sono state pubblicate dal Bollati. Ma non va dimenticato, che questo è anche l'unico ms. contenente glosse del periodo bolognese preaccursiano, che siano state pubblicate integralmente. Occupandomi di esse in questo *Bull.* IV, p. 60, credevo di poterle giudicare in massima parte, se non prebolognesi, almeno estranee alla nuova scuola. Questo giudizio va corretto nel senso che tali glosse, benchè il ms. e la redazione, in cui le possediamo, siano probabilmente fran-

cesi,¹⁾ sono in origine o prebolognesi o della scuola di Bologna. Del resto i mss. delle Istituzioni con glosse prebolognesi furono, a mio avviso, la principale via per la quale giunse ai Glossatori un eco delle scuole più antiche.

Potrebbe ad alcuno nascere il dubbio che la concordanza talora letterale fra la *Summa* e le glosse, che abbiamo citate, dovesse spiegarsi ammettendo l'uso della *Summa* da parte dei glossatori. Tale ipotesi ci sembra per altro da respingere, perchè in favore dell'opinione contraria, già in se più verosimile, sta il fatto che alcune glosse sono certamente più antiche e che alcune di esse vennero fraintese dall'autore della *Summa*.

Sono poi da notarsi evidenti analogie fra quest'opera, le *Summae* di Placentino e di Azone, il capitolo pubblicato da FIRTING, *Iuristische Schriften*, p. 131 e segg. dal manoscritto di Haenel, il proemio all'*Abbreviatio Institutionum* pubblicata da me nel secondo volume della *Bibl. iurid. M. aevi*, e via dicendo. Sui rapporti, che possano correre fra tutti questi scritti, non voglio ora pronunciarmi, conoscendo solo piccola parte della *Summa*.

Sembra inoltre che l'autore di questa conoscesse le *Questiones de iuris subtilitatibus*, specialmente per il seguente passo in I, 3 (4):

“ Sed et iure moribus recepto dicendum quidam putant omnes filios servorum servos esse licet matrem ingenuam habeant.²⁾ quod quidem, cum errore tantum sit inventum, licet mala consuetudine approbatum, nullo modo est admittendum. eo enim tempore, quo illa mala consuetudo inolevit, non solum studia sed et fere legalia volumina perierant, et ideo reges illi transalpini, qui potestatem tunc temporis susceperunt, scientiam autem legum nullo modo habuerunt. „

Il passo corrispondente delle *Quest.* è già stato riportato sopra a pag. 101. Si noti poi, che il ragionamento nella *Summa* corre molto male, poichè la mala consuetudine invalsa per errore è di

1) I. Tardif, in *Mélanges Julien Havet*, 1895, p. 663, n. 1, dice che il ms. sembra di origine italiana, o almeno derivante da ms. italiano. Però egli si basa sopra indizi, che non mi paiono concludenti.

2) Cfr. la *Summa* di Azone e la glossa Accurs. *nihilominus* ad h. l. V. anche la *Summa Codicis* di Placentino III, 28.

per se nulla, come è detto nella prima parte, ¹⁾ alla quale si direbbe quasi solo appiccicata la seconda " eo enim tempore ecc.

Del resto, se la *Summa* e le *Questiones* fossero opera d'Irnerio, e la *Summa* fosse, come si afferma, posteriore a tutte le altre opere e quindi degli ultimi anni della sua vita, essa dimostrerebbe come Irnerio, contro quanto afferma il Fitting, si fosse mantenuto fedele alle opinioni sostenute nella sua gioventù, specialmente per quanto riguarda il diritto longobardo. E la *Summa* sarebbe pure, come le *Questiones* ed il trattato *de acquitate*, in opposizione colla glossa di Irnerio, che ho riportata sopra a p. 105, poichè vi si legge in I, 1 (2):

" Rectissime enim receptum est leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito, id est omniū, per consuetudinem derogari, dum tamen scientes non etiam errantes in contrarium utantur. „

E si noti che qui l'autore sembra quasi voglia contrapporre la sua opinione a quella di altri, e che ammettere o non ammettere la consuetudine *contra legem* poteva avere nel secolo duodecimo una specialissima importanza politica, poichè dalla decisione di tale questione, in se puramente dottrinarìa, dipendeva in fondo anche il giudizio nella lotta fra l'impero ed i comuni italiani.

Anche in altro luogo sembrerebbe che l'autore della *Summa* si serva delle *Questiones*, accogliendo una interpretazione attribuita ad Irnerio, ma che probabilmente non è sua. Infatti in I, 2 (3) troviamo:

" Diffinitur autem hic libertas omnibus competens, id est etiam servis, eo iure quo prodita est, ut inde diffinitio sumatur, unde substantia pendet libertatis: non enim hic distinguimus libertates, sed magis personas, que fruuntur libertate. „

Tutto ciò si trova pure, quasi alla lettera, in *Questiones*, V, 4. Ora nella glossa Accursiana *Libertas* ad Inst. I, 3 tale interpretazione è attribuita ad Irnerio " Haec definitio tribus modis

¹⁾ Cfr. anche la *Summa* I, 1 (2) dove è detto « nam consuetudines male invente non sunt observande ecc. » riportandosi poi quasi letteralmente la nota costituzione del Codice, 8, 52, 2.

potest legi. Primo secundum Ir., ut definiatur libertas eo iure, quo inventa est, id est naturali, et sic etiam servi secundum hoc sunt liberi ecc. „

Ma la *Summa* di Azone, distingue e non attribuisce ad Irnerio l'opinione seguita precisamente nelle *Questiones* e nella nuova *Summa Inst.*:

“ secundum hanc diffinitionem videtur quod servi sint liberi, nam et ipsi liberam habent facultatem nisi vi aut iure prohibeantur, et hoc Guarnerius admisit: aut diffinitur libertas eo iure, quo prodita est....

Certamente fra il dire che secondo la nota definizione romana della libertà anche i servi sono liberi, e dire che tale definizione deve intendersi fatta secondo il diritto naturale, per il quale “ ab initio omnes homines liberi nascebantur (*Inst.* 1, 2, 2), vi è molta analogia. Però se il passo di Azone non è corrotto, sta in fatto che Accursio, attingendo del resto direttamente ad Azone, ha combinato due interpretazioni, attribuendo ad Irnerio anche quella, che a lui non spettava e che è seguita appunto nelle *Questiones* e nella *Summa*, di cui ci occupiamo. Sarebbe questo un argomento anche contro l'attribuzione delle *Questiones* ad Irnerio.

Se poi l'autore della *Summa* conoscesse proprio direttamente le *Questiones* o si servisse solo delle medesime fonti, probabilmente glosse, è quanto dobbiamo lasciare per ora in sospeso.

19. Le analogie colle *Questiones* costituiscono certamente uno degli argomenti, che fecero attribuire la *Summa* ad Irnerio. Ma ve ne sono anche due altri: il fatto, che la *Summa* si trova nello stesso ms. Bolognese, che contiene la *Summa Codicis*, e la presenza nel ms. di Vienna di aggiunte, che portano la sigla di Martino. Di uno di questi argomenti, non abbiamo più ad occuparci: l'ultimo merita invece un breve esame.

Il Palmieri ¹⁾ parla addirittura della “ *Summa* alle Istituzioni, certo opera di Irnerio, che, glossata da Martino, trovasi nel ms. viennese.... „

1) *Gazzetta dell' Emilia*, 8 Ottobre 1894. Così anche il citato annunzio dell' editore Guttentag.

Ora Martino, sul quale abbiamo del resto pochissime notizie, intervenne certamente alla dieta di Roncaglia nel 1158.¹⁾ Egli dunque poteva fare aggiunte ad un'opera scritta anche molto tempo dopo la morte di Irnerio.

Ma, d'altra parte, è proprio vero, che il ms. di Vienna ci dia la *Summa* glossata da Martino? Io mi permetto di dubitarne.

Il ms. di Vienna contiene parecchie aggiunte, che mancano nel ms. bolognese, oltre, s'intende, al proemio ed al primo titolo, la cui mancanza potrebbe essere casuale. Ora esaminando tutti i titoli che stanno presentemente a mia disposizione, trovo la sigla *M.* in due soli luoghi; nel titolo 1 (2) (mancante nel ms. di Bologna) e nel titolo 3 (4).

Nel titolo 1(2) si legge:

“ *Hinc descendit maris et femine coniugatio, quam, secuta quadam sollempnitate inter nos, matrimonium appellamus, suscepta forma legitima, hinc liberorum procreatio et educatio.* Que quidem nomina non iura sed iuris effectus dicuntur. Quod dicitur quibusdam sollempnitatibus additis, quia quotiens iuri communi aliquid coniungimus vel addimus (ut predictae coniugationi) vel detrahimus, ut in servitute potestatem necis, ius proprium civile efficitur. „

Le parti stampate in corsivo, sono tolte letteralmente dalle Istituzioni. Ora appunto dopo *appellamus* il ms. ha la sigla *M.* (Martino) in nero ed *A.* (Alberico) in rosso. Quest'ultima è forse un'aggiunta. Ad ogni modo le sigle si riferiscono evidentemente

1) Savigny, II, 78 riporta una formola, nella quale è nominato Martino, attribuendola al 1157. Il Pescatore corregge 1159, poichè il 22 Giugno dell'anno quinto dell'impero di Federico cade appunto in tale anno, non nel 1157, come voleva Savigny confondendo gli anni del regno con quelli dell'impero. (PESCATORE, *Glossen des Irnerius*, p. 9 n. 1). Però nell'anno 1159 Bologna era retta da un podestà, almeno secondo l'elenco riportato da Palmieri *Appunti* p. LI, e la formola invece nomina dei consoli, che debbono precisamente essere quelli del 1157. D'altra parte Pescatore pubblica una formola, affatto consimile datata coll'anno terzo di Federico. Mi pare quindi che anche nella formola del Savigny si debba leggere III invece di V. Pescatore poi non osserva, che avendo la formola da lui pubblicata la data *VI decimo calendas Iulii*, ossia 16 Giugno, non dovrebbe essere del 1157, ma bensì del 1153, perchè Federico fu coronato solo il 18 Giugno 1155. Invece il nome dei consoli e l'indizione quinta concorderebbero precisamente coll'anno 1157. Perciò mi pare che si potrebbe correggere *VI decimo calendas* in *decimo calendas*, che è la data della formola di Savigny, venendo in conclusione a ritenere che le due formole abbiano la stessa data, siano cioè entrambe del Giugno 1157.

non a quanto precede, tolto dalle Istituzioni, ma a quello che segue *suscepta forma legitima*. Si può poi sospettare che a queste parole vada unito il periodo, che si trova poco dopo "Quod dicitur ecc.,", che si riferisce al matrimonio, non alla *liberorum procreatio et educatio*. La cosa si spiega in questo caso coll'ammettere che una glossa, posta a margine e preceduta dalla sigla *M*, sia stata copiata dagli amanuensi, come qualche volta accade, divisa e in parte fuori di luogo. Ma tale glossa era tolta senza dubbio da un ms. delle Istituzioni, poichè si trova anche ora nel ms. Torinese *D. III*, 13 e nel ms. di Bamberg *D. II*, 6. Nel primo di essi si legge mutila: "suscepta legitima forma, quibusdam sollempnitatibus additis, quia quotiens aliquid addimus iuri communi, ut in nuptiis, vel detrahimus, ut in servitute.¹⁾", Nel secondo ms. si ha invece in forma più completa, come notai disgraziatamente senza trascriverla.

Potrebbe anche trattarsi di due glosse in origine distinte, come nella *Summa*, poi riunite in una sola, come nei citati ms. delle Istituzioni. In tale caso la sigla *M* si riferirebbe solo alla prima e la spiegazione sarebbe anche più semplice e l'ovvia.

Nel titolo 3(4) della *summa* il ms. di Vienna ha in fine la seguente aggiunta; che manca nel bolognese: "Illud notandum, quod si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in utero est. Sed cum mora in re est facta in fideicommissaria libertate prestanda matri(adde eius) calamitas nocet filiis cum servi nascantur. Sed hoc sic emendatur, quia traditur (traduntur) matri ad manumittendum, que non coget eos operas prestare. *M*."

Le parole stampate in corsivo sono tolte letteralmente dalle Istituzioni, cosicchè l'autore dell'aggiunta non ha fatto che copiare un brano delle Istituzioni, colla relativa glossa di Martino, alla quale corrisponde in parte quanto nota Azzone nella sua *Summa* ad h. 1. •

¹⁾ Cfr. Tb. 7 quibusdam sollempnitatibus additis; e *Excerpta* del ms. Vatic. Reg. 437 da me pubblicati in *Bibl. Iur. M. Ae.* p. 136 n. 87: Matrimonium est viri et mulieris coniunctio quibusdam sollempnitatibus additis.

Del resto anche le aggiunte, che si trovano nel ms. di Vienna senza alcuna sigla, sono in gran parte semplici glosse alle Istituzioni trasportate da queste nella Summa. Basti in prova citarne alcune:

I, 4(5) (*dediticii*) sic appellati quia cum hostes essent victi debabant se Romanis et priusquam caperentur, et erant toto tempore vite in servitute. (*Vat.* 18^{bis} quasi alla lettera fino a *caperentur*: *D.* 59: *Bamb. D.* II, 4 e *D.* II, 5.)

" (*latini dicebantur...*) vel quia sub uno rege morabantur extra urbem et non ultra VII miliarium urbi accedebant. (*Vat.* 18 e *Bamb. D.* II, 5 quasi alla lettera; *D.* 57.)

I, 5(6) Qui ideo necessarius dicitur quia, sive velit sive nolit, hereditatem accipit. (Gl. Accurs. *necessarius*)

" In directis enim libertatibus consilium et eventus desideratur, in fideicommissariis tantum eventus, quia facilius libertas data ab herede revocatur quam a defuncto (Gl. Accurs. *Non impediri libertatem.*)

" Concilium est iudicium et officialium conventus ad iurisdictionem voluntariam: iudicium est iudicium et officialium conventus ad iurisdictionem litigiosam exequendam vel exercendam. (cfr. *Tb.* 41.)

" Postulare est suum vel amici desiderium in iure apud eum, qui iurisdictioni preest, exponere; vel postulare est pro tribunali agere. Iurisdictio est munus, id est officium, iniunctum cum necessitate iuris reddendi et equitatis statuende. (*Excerpta* del ms. *Vat. Reg.* 435, n. 60 e 68: *Azone S. C.* III, 13).

I, 8(9) In eo autem differunt patria potestas et domini potestas, quod patria potestas utriusque favore, id est patris et filii, introducta est; dominorum autem potestas nullo servorum favore est inventa. Item in hoc differunt, quod una est iuris gentium, altera civilis. (quasi alla lettera in *Bamb. D.* II, 5 dove manca però l'ultima proposizione " Item ecc. „: mutila in *Vat.* 21.)

I, 11 (12) Exilii enim due sunt species, deportatio et relegatio. Deportantur enim hii qui non merentur reverti nisi ex mira

(*l. misericordia*) principis: relegantur qui ad tempus in exilium mittuntur. (*Tb. 85: Ash. 7. cfr. Vat. 23*)

I, 12 (13) Posthumi autem sunt qui post mortem vel testamentum patris nati sunt; sed proprie posthumus dicitur, qui patre humato nascitur. (*C. in Bullett. IV, p. 286: gl. Torinese dell'ed. di Savigny 2 (Bollati 5).*)

A togliere ogni dubbio si aggiunge il fatto che quanto avvenne per le glosse si verificò pure per le autentiche. Infatti un'aggiunta ad I, 9 (10) ci dà riunite cinque autentiche: *Qui prolem, Hoc ius, Sed hodie hoc non permittitur, Sed his, Si quis liberos.*

Posto così in chiaro, che le aggiunte del ms. di Vienna aventi la sigla di Martino non possono dare nessun indizio dell'epoca della *Summa*, perchè potrebbero essere state inserite a margine e poi nel testo anche molto tempo dopo la morte di quel giureconsulto, e tenendo d'altra parte conto dell'età probabile del ms. di Vienna, io propenderei ad attribuire la *Summa* alla seconda metà del secolo duodecimo.

Mi induce in tale opinione anche il vedere, che le citazioni, non rare, sono fatte intieramente col metodo bolognese, comprese quelle dell' Autentico secondo la divisione in nove collazioni. ¹⁾

¹⁾ Ecco alcuni esempi: I, 1 (2) ut D. de penis l. quedam.... ut D. de constitutionibus principum l. in rebus; I, 3 (4) ut C. ne de statu defunctorum l. si pater: I, 5 (6) ut C. qui manumittere non possunt l. I et ult. et D. de fideicommissariis libertatibus l. IIII § si in fraudem. L'autore conosce già molte autentiche alle istituzioni e le cita in vario modo, per es. I, 4 (5): Ex nova autem constitutione.... I, 5 (6) iure autem authenticorum.... I, 11 (12) constitutione vero nova.... Le citazioni dell'Autentico sono molto frequenti: per es. I, 9 (10) ut in Auth. coll. II tit. de incestis et nefariis nuptiis..., ut in Auth. coll. VII. const. I, tit. quibus modis naturales efficiuntur sui.... ut in Auth. coll. VII const. I tit. quibus modis naturales efficiuntur sui et in coll. V const. I. Si noti come sia combinata talora la citazione delle collezioni per titoli e costituzioni. Altrove la citazione è meno completa. Così in un passo, che cito anche perchè contiene un grossolano errore d'interpretazione: I, 8 (9) « quod ius (*patrie potestatis*) primum Teodorus tulit ac sanxit, ut in Auth. ut liberti de cetero § penult. » Si noti però che il passo manca nel ms. di Vienna. Nel titolo *de legatis* (II, 20) il ms. di Bologna contiene il seguente periodo: « hodie vero et legatum et libertas incerte etiam persone, nulla etiam facta certa demonstratione, relinqui potest, et hoc per constitutionem greca lingua factam, in qua etiam cautum est postumo alieno utiliter legari » Qui si cita senza dubbio la costituzione greca, ora in gran parte perduta, che si trovava nel Codice 6, 48, 1 (unica). Però l'autore evidentemente non la conosceva e non fa che parafrasare ed interpretare le Istituzioni, II, 20 § 25-27. Cfr. anche le glosse Accursiane *constitutio* e *per nostram constitutionem* ad h. 1.

Ora tale metodo di citazione, e specialmente usato con tanta frequenza e regolarità, s'incontra solo in opere relativamente recenti.

20. Ci resta a dire della *Summa legis Longobardorum*.

Questa breve compilazione, oltrechè nel ms. di Troyes, si trova pure nel ms. Parigino 4615 immediatamente dopo il commento della Lombarda già attribuito ad Ariprando.¹⁾

Appunto da quest'ultimo ms. ne ebbe conoscenza l'Anschütz, il quale ne segnalò l'esistenza fin dal 1853, dichiarandola però di nessuna importanza.²⁾

Dieci anni dopo Haenel ne pubblicò una piccola parte nella citata descrizione del ms. di Troyes. Infine, nel 1870, l'Anschütz stesso ne diede una edizione completa³⁾ in base al ms. di Parigi ed alla pubblicazione di Haenel.

Naturalmente l'Anschütz⁴⁾ mostra di essersi ricreduto sul valore della *Summa*, affermando inoltre che lo stile ed il modo di trattazione ricordano quelli di Placentino nella *Summa Institutionum* e nel trattato *de varietate actionum*, come pure quelli di Ugo nelle sue Distinzioni. Ugo, aggiunge Anschütz, come autore del trattato sul duello secondo il diritto longobardo⁵⁾, potrebbe essere ritenuto anche autore della *Summa*, ma non vi sono argomenti, che lo provino, e solo si può dire con qualche certezza, che la *Summa* è opera dell'epoca dei quattro dottori e dei loro discepoli immediati, e più precisamente dei primi decenni della seconda metà del secolo duodecimo.

1) Editto da ANSCHÜTZ, *Die Lombarda - Commentare des Aripbrandus und Albertus*, Heidelberg, 1855. Che il commento attribuito ad Ariprando, come quello rimaneggiato attribuito ad Alberto, non siano opera di questi due giuristi, ma bensì quarderni di scolari, venne dimostrato da SIEGEL, *Die Lombarda - Commentare*, Wien, 1852 (*Abh. der Wiss.* XL), seguito ora da tutti gli storici del diritto. Un nuovo ms., ora Berlinese, dello Pseudo-Ariprando venne descritto da LEHMANN in *Festgab. für R. v. IHERING*, Stuttgart, 1892, p. 81 e segg.

2) *Ueber einige Pariser Handschriften der Volksrechte* nell'archivio di Pertz XI, 1853, p. 225; *Die Lombarda-Commentare*, p. XIV. Cfr. MERKEL, *Appunti per la storia del dir. long.* in SAVIGNY, ed. cit. III, 45.

3) *Summa legis Longobardorum. Longobardisches Rechtsbuch aus dem XII Jahrhundert*, Halle, 1870. Il titolo, che manca intieramente nei mss., venne supplito dall'editore.

4) *Summa*, p. 16-18.

5) *Summula de pugna et modis purgationum* ora edita da PALMIERI, in *Bibl. iur. M. AE.* I, 1 e segg.

L'ipotesi dell' Anschütz, ora esposta, non fu, ch' io sappia, contraddetta da nessuno, anzi l'accolsero esplicitamente parecchi scrittori, quali Brunner e Salvioli.

Ora invece il Fitting ¹⁾, senza neppure ricordare l'opinione dominante, afferma che la *Summa* con tutta probabilità è da attribuirsi ad Irnerio; fondandosi per altro sopra argomenti, che non credo punto concludenti.

Quando anche la *Summa Codicis* fosse opera d' Irnerio, nulla proverebbe il trovare ad essa unita la *Summa* longobardica e tantopiù in un solo manoscritto, poichè l'analogia fra le materie trattate negli ultimi titoli della *Summa Codicis* e quelle, di cui preponderantemente si occupa l'altra *Summa*, è puramente casuale, dipende cioè dagli originali stessi compendiati.

Ne vale l'argomento del Fitting, che nelle due *Summae* il diritto canonico sia egualmente chiamato *ius divinum*.

Le *divinae et humanae leges*, *divinum et humanum ius* si trovano contrapposti fra di loro fin da epoca remotissima ²⁾ e poi per tutto il medio evo senza interruzione. L'espressione *ius divinum* è pure frequentemente usata dai canonisti del secolo duodecimo. ³⁾

Del resto nella *Summa* longobardica, al titolo *de prohibitis nuptiis*, troviamo solo detto (p. 45):

Sed quoniam lex divina in matrimoniis maxime humanas excellit, ideo non multum nobis hic elaborandum sed alie putavimus transeundum.

Ora che il matrimonio sia regolato dal diritto canonico più che dal diritto civile, è teoria eminentemente canonistica e che del resto corrispondeva allo stato di fatto riconosciuto anche dai civilisti. ⁴⁾

1) *Summa Cod.* p. LXV-LXVI; cfr. p. VI.

2) Cfr. SCHULTE, *Gesch. der Quellen*, I, p. 32.

3) Cfr. SCHULTE, o. c., I, p. 30, n. 4. Anche lo Pseudo - Alberto p. 13 parla di *ius poli*, di *duo iura*, *divinum scilicet et humanum*; mentre la espressione *utriusque videlicet divinae et humane legis intentione* a pag. 162 fa parte di un passo testuale dell'Editto di Enrico II emanato a Rimini nel 1047.

4) Cfr. per es. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, I, 1891, p. 25 e segg.: PERTILE, *Storia del dir. ital.* III (2^a ed.) p. 285.

Lo stesso concetto espresso nella *Summa longobardica* si trova anche in un passo della *Summa Institutionum* riportato sopra a pag. 129. Così pure in Giovanni Faventino: " coniugia et cum siut iuris naturalis per inventionem et civilis per approbationem, iuris tamen ecclesiastici per transmutationem, cum hodie iure poli matrimonia fiant ¹⁾ „.

Analogamente in una glossa alle Istituzioni I, 10 *de nuptiis* nel ms. Torinese D. V, 19: ²⁾

§ 4 (v. *Duorum*) Iure antiquo dicit, quod tamen iure moribus recepto abrogatum est. Magis enim contrahuntur hodie matrimonia iure poli quam iure fori.

e nel Ms. Torinese D. III, 13 allo stesso luogo ³⁾.

(*iungi possunt*) sed lex dei vetat. iure soli, sed non iure poli.

Per quanto poi riguarda il diritto longobardo, già l'*Expositio a Liutpr.* 32 dice ...iuxta has leges non iudicabuntur, immo secundum canones illorum coniugium separabitur.

ed infatti molte disposizioni del diritto franco-longobardo riconoscono l'autorità dei canoni in materia matrimoniale ⁴⁾.

Neppure vale l'altro argomento del Fitting che il giuramento nelle due *Summae* sia nettamente distinto dalle prove.

Nella *Summa longobardica* II, 23 troviamo bensì detto:

" titulum possessionis suae probare non cogitur, licet iurare debeat. Quod nisi prescripsisset, probare forte testibus vel instrumentis debet. „

ma non è questa certo una cosa molto notevole, nè che si debba necessariamente mettere in rapporto coll'affermazione della *Summa Cod.* IV, 1 (*iusiurandum*) non proprie probatio est, sed locum probationis optinet. „

Solo è strano, che il Fitting non abbia tenuto conto della dottrina affatto opposta delle *Questiones*, dove per 'bocca dell'*Interprete* è detto (XX, 1) " si autem iurat, non deficere videtur,

1) In SCHULTE, o. c. I, p. 97 n. 14.

2) Edita da BOLLATI in Appendice alla sua traduzione di Savigny, p. 59 n. 62.

3) Fra le glosse editate da me nel *Bull.*, IV, p. 81 (*Estratto*, p. 69) n. 64. Si vedano anche le glosse Accursiane *ad h. t. cives Romani, sed non tanta, duorum, affinitatis*, ecc.

4) V. per es. *Liutpr.* 32... quia et canones sic habent... (cfr. 33): *Astolfo*, 8... nec unde canones aut edictus habet...; *Lib. Pap. Loth.* 99 de his coniunctionibus, quae secundum canones et aedictum esse non possunt copulatae....

sed magis probare: sacramentum enim non tantum loco probationis est, sed et probatio vocatur, ut illa in constitutione Iustiniani habetur " Generaliter „ et cetera „.

Il giuramento di purgazione del diritto germanico, specialmente prestato senza congiuratori, corrispondeva più ad un indizio, che ad una vera prova, cosicchè non erano punto da condannarsi i giureconsulti della Romagna, i quali, come bene osserva il Ficker, distinguevano fra *probare* e *iurare*, considerando come vere prove i testimoni ed i documenti.

Ma negli scrittori della scuola di Bologna, i quali del resto avevano sopra tutto presente il giuramento suppletorio del diritto romano, si nota una specie d'incertezza, o meglio d'indeterminatezza di linguaggio, per cui talora il giuramento è annoverato fra le prove, talora si dice, che tiene il luogo di prova, talora se ne tace. ¹⁾ Tale indeterminatezza si riscontra natural-

1) Giovanni Bassiano nel già citato *libellus de ordine iudiciorum* § 363 scrive: Probatur autem factum per testes, per instrumenta, per famam, per confessionem, per tormenta; senza parlare quindi del giuramento: PILLIO, *de ord. iudic.* P. III § 7 (ed. BERGMANN, 1842, p. 60): Et fit probatio quandoque per testes, quandoque per instrumenta et quandoque per testes et instrumenta.... fit etiam per confessiones partium..., item quandoque per violentas praesumptiones..... cfr. p. 58... iusiurandum... propter probationum inopiam: *Incerti auctoris ordo iudiciorum* (Ulpianus *de edendo*) ed. HÄNEL, 1838, p. 36: Quia plerumque inopia probationum laborant litigatores, inventum est emendicatum iuris suffragium, quod fere omnibus causis commune est, scilicet iusiurandum.... cfr. p. 30 dove si indicano come prove i testimoni, documenti ed indizi: *Incerti auctoris ordo iudiciarius* etc. ed. C. GROSS, 1870, p. 115. La prova si deve fare « testibus, instrumentis, iudiciis, consentiente praesumptionibus fama » cfr. p. 130... iuramentum loco probationis habetur: TANCREDI *ord. iud.* P. III, tit. 5 § 6 (ed. BERGMANN, p. 22): Species autem probationum sunt sex; probatur videlicet per evidentiam facti, per famam, per praesumptionem, per iuramenti delationem, per testes et per instrumenta » ma poco dopo (p. 221) dice: « delatum parti iuramentum cedit loco probationum » e a pag. 222 che le prove per testimoni e documenti « magis proprie dicuntur probationes, quam ceterae praecedentes (species). » *Liber iuris Florentinus* (ed. CONRAT, 1882) IV, 36 § 6: Facti questio probatur confessione, testibus vel aliis instrumentis..... e IV, 27 § 9 (iuramentum) iudiciale et necessarium potestatem habent probationis.: DAMASI *Summa de ord. iud.* (ed. WUNDERLICH, 1841) p. 96-97: Fit autem probatio quandoque per testes vel instrumenta... Fit etiam per confessionem partium... Item quandoque *deficientibus aliis probationibus* recurritur ad praesumptiones... Ma poco dopo: « admittitur tamen probatio et contra praesumptionem... » e ancora: « principaliter probationes fiunt vel testibus vel instrumentis ». Altrove p. 93 anche il giuramento è considerato come una prova: « Transfertur autem probatio in reum, si sit praesumptio pro ipso et deferetur ei sacramentum a iudice, » Gli esempi si potrebbero facilmente moltiplicare.

mente anche nelle opere, che riguardano il diritto longobardo.

Così nello Pseudo-Ariprando e Pseudo Alberto troviamo il giuramento annoverato fra le prove (p. 168): Cumque probatorium plura siut genera, ut testium, instrumentorum, iurisiurandi, quod probationis interdum loco succedit, quorum omnium dignior est testium probatio ¹⁾ ... etc.

ma nello stesso Pseudo-Alberto troviamo opposte le *probationes* al giuramento: (p. 188):

Et in omnibus his casibus, ubi pugna fiet, in electione actoris est utrum velit reum subire sacramentum aut pugnam facere, quamvis reus iustas afferat probationes.

Il passo sembra dipendere da uno di Ugo²⁾, il quale però sostiene l'opinione opposta:

Preterea sciendum est, ubicumque pugna debet fieri, esse in electione actoris utrum velit (*adde reum*?) purificari, nisi reus afferat iustas probationes....

Roffredo pure nella sua *Summula de pugna* (cap.3), riferendo opinioni di altri interpreti del diritto longobardo, scrive:

" Alii exponunt aliter certam, scilicet quod ille qui iurat debeat dicere certam per suum sacramentum et non habeat necesse probare „.

Infine anche la glossa da me pubblicata in *Bull.* IV, 277 spiega *probationes* con " hoc est sive per testes sive per cartam sive per pugnam „ tacendo del giuramento.

Non possiamo dunque dare molto valore nè a questo nè agli altri argomenti del Fitting. Credo invece, che ve ne siano di ben maggiore importanza per negare la tesi da lui sostenuta.

Ed anzitutto temo che il primo giudizio dell'Anschütz, che cioè la *Summa* longobardica abbia scarso valore, sia più giustificato del secondo.

Dice l'Anschütz che " l'esposizione è così concisa, da rendere talora più difficile l'intelligenza del testo, anziché facilitarla; ma che

1) Cfr. PILLIO, l. c. p. 61: « et quia probationum duae sunt species principaliter, scilicet, testimonia et instrumenta et dignior est probatio per testes, quam per instrumenta.... BASSIANO, l. c. § 375: « dignior est vox viva testium quam vox mortua instrumentorum. »

2) Cfr. PATETTA, *Ordalie*, p. 301-302, n. 3.

si trova però sempre, che l'autore ha realmente colpito nel segno e che possedeva l'arte di dir molto in poche parole. „

Vediamo se ciò sia vero.

Fin dal principio (libro I tit. III) troviamo per esempio il seguente passo: “ Sin autem mulier in morte mariti consiliata fuerit, verberare eam poterit, ut in lege *Si quis amodo* titolo *Qualiter quis*, et de rebus eius facere quod voluerit „

Ora la legge sesta del titolo terzo diceva “ Si mulier in morte mariti sui consiliata fuerit per se aut per suppositam personam, sit in potestate mariti sui de ea facere quod voluerit: similiter et de rebus ipsius mulieris. „

La legge *si quis amodo* (II, 55, 16), sulla quale si fonda l'autore della *Summa*, si riferisce invece ad un caso affatto diverso: “ si quis ammodo inventus fuerit cum uxore aliena turpiter conversari, id est si manum in sinum aut ad pectus eius miserit si.... ipsa mulier in hac illicita causa consentiens fuerit, habeat potestatem eius maritus in eam vindictam dare, sive in disciplina sive in venditione.... „

Come si vede, il compilatore considerando abolita in parte¹⁾, la prima legge dalla seconda e non tenendo poi conto della facoltà, che questa dà al marito di vendere la moglie, procede in modo così arbitrario, che nulla più. Nè si potrebbe dire, che lo faccia per temperare il rigore del diritto longobardo e considerando le disposizioni in questione come abolite per consuetudine, poichè un giurista quale Irnerio non avrebbe esitato ad addurre questa ragione, e, ad ogni modo, non si sarebbe abbassato ad una vera mistificazione, citando, e non nella sua integrità, una legge, che non ha nulla a che fare coll'argomento.

Un esempio analogo, benchè meno significativo, si trova anche nel primo titolo:

“ Et si actor bello superatus fuerit, in manus accusati dari debere non hesito, ut de eo faciat quod voluerit, ut in titolo *De seditione contra iudicem* lege *Cognovimus*. „

Ora questa legge (*Lomb. I, 18, 2*) si riferisce ad un caso af-

1) Dico abolita solo in parte, perchè dalla legge sesta è tolta l'ultima proposizione « et de rebus eius facere quod voluerit. »

fatto speciale e non abolisce certo le disposizioni meno severe della legge settima del titolo primo, disposizioni, che l'autore non si degna nemmeno di ricordare.

Molto meglio Carlo di Tocco, il quale alla legge 7 annota " Lex ista meo iudicio non est correcta, immo accusator victus debet dari in manus accusati „ ma cita in proposito le note leggi romane, non una legge longobarda, che è perfettamente fuori di luogo.

Un altro esempio abbiamo nel titolo XV *De pauperie* (*Lomb.* 1. 21) " Sed secundum quosdam dominus animal noxe dedendo ab hac prestatione liberatur. „ Questi *quidam* dovevano essere della scuola dell'autore, poichè senza ombra di ragione andavano contro alle disposizioni tassative della legge.

Meglio Carlo di Tocco:

"... item iure romano mitius agitur, quia potest dare noxe deditionem, que iure longobardo cessat...

e così pure Andrea da Barletta nei suoi *Commentaria*, tit. 27 *De noxalibus*, dove è appunto indicata questa differenza fra il diritto longobardo ed il diritto romano.

Per quanto poi riguarda le colpe dei servi, l'autore, in opposizione alla legge, scrive (tit. XXVIII = *Lomb.* I, 36): licet nos subtiliori quadam ratione dominum servum noxe dedendo liberari dicamus, ut in lege *Nemini.* „

Anche questa legge è citata affatto arbitrariamente, secondo il metodo consueto dell'autore.

Meglio sempre Carlo di Tocco " dominus ergo non liberatur de sola traditione „ e così pure Andrea da Barletta nel luogo citato.

Altro grossolano errore troviamo nel titolo XII del libro secondo (*Lomb.* II, 15), dove appare che l'autore riteneva obbligatorio il launegildo solo nelle donazioni fatte *sine carta*: infine, a quanto pare, gravissimo errore e citazione arbitraria nel titolo precedente, dove si legge:

" His que specialiter hic dicta sunt observatis, secundum legis Romane gradum successio defertur, quod per legem que est omnis parentela (*Lomb.* II, 14, 1) probatur.

Che cosa dica la legge *omnis parentela* si può vedere dalla glossa di Carlo di Tocco:

“ per gradum, id est qui proximior in gradu, potior in successione; ut si essent tres fratres, quorum unus decedit relicto filio, si alius eorum decedat, non succedit ei nepos sed frater superstes, licet secus iure romano.... „

E mi pare, che basti per mostrare se l'autore della *Summa* abbia sempre *das Richtige getroffen*, come vuole Anschütz.

Di tutti i lavori più noti sul diritto longobardo la *Summa* è forse quello, in cui tale diritto sia più grossolanamente frainteso e tradito non colle *subtiles rationes*, di cui parla in un punto l'autore e che si riscontrano realmente nelle opere di altri interpreti, ma, starei per dire, coll'audacia dell'ignoranza.

Possiamo invece intieramente accordarci coll'Anschütz, per quanto riguarda l'oscurità ed anche l'ineleganza dello stile, non sempre imputabile, come vorrebbe questo scrittore, all'originale compendiato.

Così per dare qualche esempio, nel titolo settimo del primo libro (*Lomb. I, 12*), troviamo questo strano passo:

“ Spoliati quis mortuum.... extra sepulcrum vel mercedis causa vel lucrandi animo. Si mercedis causa, nihil componat; si lucrari causa, LXXX solidos, ut in lege I. „

Ricorrendo al testo (*Lomb. I, 12, 1*) troviamo, che non è punito, chi avendo trovato un uomo morto, lo spoglia svelando però subito la cosa, poichè dimostra così “ quia pro mercedis causa ¹⁾ fecerit, non furandi animo „ è colpevole invece chi *expoliaverit et celaverit*. Una glossa a quest'ultima parola nell'apparato di Carlo di Tocco spiega: *animo lucrandi*, e probabilmente a questa glossa, facilmente anteriore a Carlo di Tocco, attinge l'autore, riuscendo ad essere incomprensibile.

Nel titolo X abbiamo: “ Cum fit simpliciter (*iniuria mulieri*) stanti vel ambulanti „ Il testo della *Lombarda* dice *in via*, una glossa nell'apparato citato aggiunge “ *idem si in domo* „; l'autore della *Summa* preferisce la sciocca espressione *stanti vel ambulanti*.

L'uso delle glosse appare anche altrove molto probabile. Così al titolo XVIII (*Lomb. I, 25*).

1) Probabilmente per avere una piccola mercede dai parenti.

“ licet in quibusdam casibus non sibi nonum sed alia pena constitutur, que forte sibi nonum excedit, ut in lege *Si quis de lignario* et illam sequentibus. Sed has penas domini rei favore et furi odio, quo pluribus penis coerceantur, inventas dicimus. Accipiet ergo dominus quam voluerit, prout melius sibi visum fuerit.

Ora una glossa di Carlo di Tocco alla legge citata dice appunto:

Si quis. in octogild. hoc quando lignamina erant dispersa. unde datur intelligi, quod duas penas pati non debet, sed unam tantum pro electione agentis. pene autem pecuniarie ideo maiores imposite sunt etc.

Nel titolo XIX (*Lomb. I, 26*) ha natura di glossa la dichiarazione “ terminum antiquum dicit, etiam si unius tantum diei sit, sed ad istius differentiam novi antiquum terminum dicit.

Nell'apparato di Carlo di Tocco la glossa corrispondente pare corrotta, ma forse nella seconda parte diceva la stessa cosa: “ antiquum. ex tempore, vel quia *sine extimatione* antiquus erat. „

Nel libro secondo titolo XII (*Lomb. II, 15:*) notiamo:

“ Fiunt quidem donationes quandoque universitatis quandoque rei specialis. Donatio rei specialis sine launehil facta minime stare debet... „

Una certa analogia si può riscontrare in una glossa di Carlo di Tocco: (gl. *stare debet* alla legge 5).

“ unde dic quod donatio alia universitatis alia rei singularis: prima non exigit launehil.... Donatio vero rei singularis launehil exigit....

Del resto è un vero peccato, che l'autore si sia così bene appropriato la barbarie dello stile delle leggi longobarde, e ne abbia così male inteso il contenuto.

Per fissare poi la probabile data dello scritto, l'Anschütz adduce due argomenti.

Il primo è tratto dal libro I tit. 8, dove la *Summa* usa la parola *nuntius* invece di *missus dominicus*. Ora è noto che la parola *nuntius*, in tale significato, diventa comunissima verso la metà del secolo duodecimo, ma prima s'incontra invece molto ra-

ramente.¹⁾ È un argomento non certo decisivo, ma di qualche valore.

Non così il secondo argomento, che parmi si possa assolutamente respingere. Infatti le parole del titolo secondo *in civitate ubi rex preest vel corpore vel potentia* non accennano punto a podestà imposti dall'imperatore in seguito alle decisioni della dieta di Roncaglia, come crede l'Anschütz, ma sono una semplice parafrasi delle espressioni di varie leggi del titolo "... in civitate ubi preest rex... in alia civitate... „ Dal resto anche le parole della legge terza " *intra palatium, ubi preest rex* „ sono rese nella *Summa* con " *intra palatium ubi rex corporaliter preest* „, benchè qui il *corporaliter* non fosse punto necessario.

Non potendo intieramente accogliere gli argomenti dell' Anschütz, non esito però a seguirne l' opinione sulla data della *Summa*, che non può essere molto più antica dei mss. che ce la hanno conservata, visto lo stato miserando, nel quale il diritto longobardo vi è ridotto, e d'altra parte il metodo di esposizione, che è evidentemente quello della scuola di Bologna.

Che però la *Summa* non fosse direttamente destinata ad uso accademico ²⁾ è reso probabile anche dalla sua brevità, benchè non manchino passi, dai quali si potrebbe argomentare il contrario. ³⁾

21. Ed ora, dopo avere parlato tante volte del fondatore della scuola di Bologna, mi permetterò alcune considerazioni sopra il suo nome.

Nei documenti⁴⁾ egli è detto *Warnerius* o *Wernerius*, e solo

1) L'Anschütz cita FICKER, *Forschungen*, II, I, 6, 184, 186. Vedi specialmente i due primi luoghi citati.

2) Cfr. Anschütz p. 19.

3) Per es. I, 11 *Quid autem alie leges in hoc eodem titulo posite dicant, ex textus earum recitatione levissime comprehendere possumus...* 17 *Unum notate...* 18 *Hoc notate dummodo pro prehensura sciatis nihil dari debere...* 28... *ut in tribus prioribus legibus videre potes... Unum quidem vobis notandum est...* II, 8... *ut ex recitatione legum facile colligitur.* II, 25 *Unum notandum est...* (questo ultimo passo non si riferisce alla materia precedente, che corrisponde alla Lombarda II, 41, ma bensì al titolo 42 *De consuetudine*. Invece di *procedat* si deve leggere *præcellat*.)

4) Tutti i documenti sono pubblicati dal RICCI, *I Primordi dello studio di Bologna*, Bol. 1888, ed indicati anche dallo SCHUPFER, *Le origini dell'Univ. di Bol.*, Roma, 1889,

una volta si trova anche *Gernerius*, credo per errore di lettura. La sua firma è ordinariamente *Wernerius*.¹⁾ Burcardo Urspergense lo chiama *Wernerius* e in una glossa a Vacario è usata l'abbreviazione *Varn*.²⁾

Ma nella fonologia italiana *wa we* diventano costantemente *gua gue*, mentre alcuni dialetti hanno *va ve*. Nacquero quindi naturalmente le forme *Guarnerius Guernerius*, e da *Guarnerius*, con passaggio non comune, ma di cui si hanno anche altri esempi, *Garnerius*.

Guarnerius, *Guernerius*, *Garnerius* troviamo detto frequentemente a partire da Landolfo almeno fino a tutto il secolo decimoterzo. Così nel *liber iuris florentinus*, in Uguccione, in Buoncompagno, in Azone, in Pietro da Unzola, in Iacopo de Ravanis e nelle glosse di varii mss.³⁾

Altrove abbiamo invece le abbreviazioni *Guar. Gar. Garn.* e per errore *Gir.*, il che viene naturalmente ad essere la stessa cosa.⁴⁾

Ora quando e come è nata la forma *Irnerius*, divenuta poi comune?

p. 17-18. Si aggiunga quello recentemente pubblicato da Cipolla e Bresslau e già citato in principio di questo lavoro. Anche in esso troviamo la solita firma « Ego Wernerius iudex subscripsi. »

1) Nel documento del 12 Maggio 1116, edito prima dal Muratori, *Antiq.* I, 604, la firma sarebbe *Warnerius*, ma nel citato codice diplomatico di S. Benedetto di Polirone, (V. sopra p. 109 n. 3) si legge invece *Warnerius* nel testo e *Wernerius* nella firma. Del resto l'originale di questo documento si conserva nell'Archivio di stato di Milano e la cosa potrebbe quindi facilmente verificarsi.

2) In WENCK, *Magister Vacarius*, p. 184. Cfr. sopra p. 105 n. 2.

3) *Liber flor.* III, 3, 9: Uguccione in SCHULTE, *Gesch. der Quellen*, I, p. 166-67, n. 30: Buoncompagno in *Bibl. iurid. M. Aevi*, II, p. 292 (Item Guarnerius, qui prius rexisse dicitur in iure civili . . . Hic nempe mirabiliter somniavit, immo sine dubio deliravit): Azone, *S. Instil.*, I, de iure personarum (f. CCCLVI* dell'edizione del 1553 s. l. ex typis Iacobi Wyt in 8.): Pietro de Unzola, Proemio della *Aurora Novissima* in SAVIGNY, II, 44, nota b. (Guernerium): Iacopo de Ravanis in SAVIGNY, III, p. 372 n. 5: glosse ib. n. 20, 40, 45, ed in WENCK, o. c. p. 204.

4) Glosse in SAVIGNY, III, 371 e segg. n. 28, 34, 36, 38: WENCK, o. c. p. 204, 223, 230-231, 241 ecc.: PESCATORE, *die Glossen des Irnerius*, p. 31, 40 ecc. Per la sigla *Gir.*, che credo nata per errore da *Gar.*, v. lo stesso PESCATORE, o. c. p. 41 e segg. (cfr. Beiträge, 2, p. 74-75 nota 1.). Fitting, *Quest.* p. 46 ritiene invece che *Gir.* sia nato dall'unione della sigla di Geminiano, ossia G, con quella di Irnerio, cioè *Ir*.

Noi la troviamo già per esempio nelle edizioni di Azone, Odofredo e Roffredo, ma questo non prova nulla, perchè gli editori antichi, e forse anche parecchi moderni, non si sarebbero fatti e non si farebbero scrupolo di stampare *Irnerius*, dove i mss. dessero *y* od *yr*.

Per rispondere alla prima domanda bisognerebbe quindi poter esaminare molti mss. Certo pare strano, che per un personaggio celebre quanto Irnerio e nominato come lui continuamente e da una serie non interrotta di insegnanti, esistessero contemporaneamente due nomi così diversi come *Guarnerius* e *Irnerius* e che questi due nomi si usassero indifferentemente dalle stesse persone.

Ma anche più difficile è il rispondere alla seconda domanda, come da *Warnerius*, *Guarnerius* si sia passato ad *Irnerius*.

Illustri filologi, ai quali la questione fu rivolta da Savigny, da Fitting ed anche da me, o non seppero che rispondere o diedero delle spiegazioni stiracchiate, incominciando intanto dal trovare assurde quelle dei loro predecessori.

E il passaggio pare tanto più strano, perchè il nome di *Guarnerius* era abbastanza comune in tutta Italia ed anche oggi si conserva in parecchi cognomi, senza aver mai subito alterazioni.

In questo stato di cose si può facilmente accogliere l'ipotesi di Fitting, che del resto ricordo di avere già prima intesa dal Gaudenzi, cioè che il nome *Irnerio* sia nato per errore dalle sigle con cui sono segnate le sue glosse, *y*, *yr*.

Ma come spiegare queste sigle?

Irnerio o Guarnerio, che dir si voglia, firmava *Wernerius*. È quindi presumibile, che se egli stesso avesse segnato le sue glosse avrebbe usato la sigla *W*, mentre le glosse scritte e segnate, per esempio, dai suoi scolari, potevano facilmente portare la sigla *g*, che infatti non è infrequente.

Ora Fitting congettura che *y* sia venuto da *I*, altra sigla di Irnerio, e che *I* significasse in origine *Interpres*, come nelle *Questiones*.

Questa ipotesi non mi persuaderebbe nemmeno se potessi ammettere che Irnerio sia autore delle *Questiones*. Infatti lo scrit-

tore di questa operetta pone sè stesso fra gli *auditores*, mentre l'*interpres* è puramente una persona fantastica. D'altra parte glosse e sigle si usavano già molto tempo prima di Irnerio; ed è difficile ammettere che gli scolari di quest'ultimo abbiano voluto staccarsi dalle norme comuni, secondo le quali le sigle si deducevano dalle prime lettere del nome.

Piuttosto credo, che le sigle *y*, *yr* siano nate da un errore degli amanuensi analogo a quello, per cui la sigla *ff.* ha preso il posto di *D.* per indicare *Digestum*. Lo scambio fra *g*, o meglio ancora *G*, ed *y*, è tutt'altro che difficile, e non sarebbe nemmeno impossibile quello fra *w* ed *y* od *yr*.

Certo le sigle *y* *yr* si trovano usate dagli stessi autori e nelle stesse glosse accanto a *guar.* o alla forma intiera *guarnerius*, *garnerius*, mentre da altri passi parrebbe che nei primi tempi non fossero intese, anzi non si sospettasse nemmeno che potessero riferirsi a *Guarnerius*. ¹⁾

Abbiamo già riportato un passo della *Summa* di Rogerio, nel quale si contrappongono le opinioni di *Guar.* e di *y*. Il Fitting suppone che Rogerio non conoscesse il significato dell'abbreviazione *Guar.*, solo perchè egli crede di poter riferire alla *Summa Codicis* la citazione dell'opinione segnata con *y*. È invece evidente che, in caso, Rogerio (o l'autore del passo in questione, che potrebbe essere un'aggiunta) non avrà compreso il significato della sigla *y*, che è quella della glossa, alla quale attingeva.

Abbiamo poi una glossa a Vacario, nella quale sono pure contrapposte le opinioni di *varn.* è di *y* ²⁾; infine mi nasce anche il dubbio, che in alcune definizioni attribuite ad Isidoro, benchè

1) Ritenendo che la sigla *G* indichi non Geminiano, ma Guarnerio, posso rinviare anche a quanto dice Fitting, *Questiones*, p. 45 e segg. La differenza fra alcune glosse segnate *g* ed altre segnate *y*, quando sia reale non solo apparente, può spiegarsi o per errore degli amanuensi, od anche per mutamenti nelle opinioni d'Irnerio. In una glossa in versi da me pubblicata (*Val.* 45) Bulgaro, o altri per lui, confessa « Nunc dicit plane contra quod dixerat ante »

2) Vedi sopra p. 105 n. 2.

non si trovino affatto nelle sue opere, *Isidorus*, provenga da una falsa interpretazione di *γ*. ¹⁾

22. Pongo fine a questo lungo studio con qualche osservazione intorno all'edizione della *Summa Codicis*.

Il Fitting, come ognuno sa, è uno degli editori più intelligenti e più scrupolosi. Quindi nulla avrei senza dubbio da osservare sulle due nuove edizioni, quanto all'esattezza, anche se avessi potuto direttamente controllarle sui mss. Inutile parimenti dire dell'importanza delle opere pubblicate, che è veramente grande.

Ma, per quanto riguarda la *Summa Codicis*, le diverse opinioni, che ho sostenute di fronte a quelle del Fitting, avrebbero naturalmente portato a criterii in parte diversi, anche nell'edizione.

Ed anzitutto, siccome io credo che l'opera lasciata incompleta da Rogerio sia stata completata da altri trascrivendo materialmente le parti mancanti da un ms. della *Summa* più antica, avrei dato maggiore importanza ai mss. di Rogerio, senza limitarmi al solo ms. di Tubinga, che non siano punto autorizzati a ritenere migliore degli altri e tanto meno poi in tutte le sue parti.

Così nell'edizione di Palmieri trovo segnata una sola notevole differenza fra il ms. di Tubinga ed il Laurenziano, ed in questo caso io non avrei esitato a dare la preferenza a questo ultimo ms. non solo su quello di Tubinga, ma anche sui tre mss. della *Summa* più antica. Avrei cioè accolto il breve proemio al

¹⁾ In Vat. 11 e negli Excerpta del ms. Vaticano Reg. 435 è attribuita ad Isidoro una definizione di *ius naturale*, che non trovo nelle sue opere. Così si dica della definizione di *exceptio* che si trova in Vat. 48 sotto il nome di Isidoro, e altrove senza nome d'autore. Nel ms. di Bamberg D, 11, 4 ad Inst. III, 24 si trova la seguente glossa: « Lex est insita nature ratio, que facienda sunt iubet que non prohybet. ut sanctus ysidorus testatur. Lex est sanctio populi iubens honesta prohybens contraria. » Nessuna delle due definizioni è di Isidoro. La seconda si trova anche nella gl. Accursiana *Lex est a Inst. I, 2*. Però le erronee attribuzioni ad Isidoro potrebbero anche essere spiegate coll'uso di qualche glossario.

libro ottavo, che è evidentemente autentico, non aggiunta posteriore.

Il proemio è il seguente:

Rogatus quidem a multis nostris sociis, maxime a dilecto Enrico, ut paratitla (*ed.* paraticia) titulorum a nobis cepta ad effectum seu post missionem perducamus, ideoque eius gratia, pertractatis iam VII libris, seu discertis paratitlis (*ed.* paratitiis) ad octavi voluminis compendium edisserendum cum summa seu exactissima diligentia perveniendum esse (*del.?*) nullatenus moram fecimus, cum ortatu sociorum, tum quia res per se utilissima atque honestissima visa est. In cuius quidem tractatu multa varia et inter se diversa nec non multis obscuritatibus innodata reperiuntur, que omnia Deo annuente partim (?) exitum a nobis excipiunt.

Questo proemio corrisponde perfettamente a quanto si legge in principio di VII, 23 ... "rogatus immo coactus a nostris sociis, cum sepius hoc eis a me promissum erat, veluti ab invito extorsērunt... pro mea parvitate satisfacere legitimis adhibitis rationibus non differam.,, D'altra parte il signor Rogerio avrebbe dovuto essere un bel impudente per farsi lungamente pregare dai *socii* e dal suo diletto Enrico, e comunicare poi loro brano a brano l' opera di un altro scrittore.

Io credo quindi fermamente, che il proemio del ms. Laurenziano sia opera dell'autore della *Summa* più antica, non di Rogerio o di altri.

Per quanto riguarda le differenze fra i tre mss. della *Summa* usati da Fitting, non mi pare che esse debbano spiegarsi, nemmeno in parte, coll'ipotesi di varie revisioni dell'opera compiute dall'autore stesso ¹⁾. Si tratta invece a mio avviso di arbitrarie omissioni o correzioni degli amanuensi.

Accenniamo solo ad alcune principali.

Il titolo *de interesse* (VII, 31), che manca nei mss. di Parigi e di Bologna, è probabilmente un'aggiunta ²⁾. Esso infatti si tro-

1) Così congettura il FITTING, *Summa Codicis*, p. LXXXIX e segg.

2) FITTING, *Summa Cod.* p. LXXII e segg. crede che questo titolo sia stato aggiunto posteriormente, ma da Irnerio stesso.

va non solo nelle Distinzioni della collezione di Siena e nel ms. di Leida, come nota il Fitting, ma anche nel citato ms. Vienesese 2176, nel ms. di Monaco 22, e nei mss. Chigiani E, VII, 218 ed E, VII, 211, come già aveva indicato Pescatore nel secondo fascicolo dei suoi *Beiträge*.

Nell'ultimo ms. citato troviamo pure la sigla di Martino, come nel ms. di Leida, e la prima proposizione, che manca negli altri mss. compreso quello di Tubinga.

Siccome in tutti i mss. mancano le ultime parole del titolo VII, 30 e gli altri titoli del libro settimo mancano pure affatto nel ms. di Bologna e si trovano nel ms. di Parigi aggiunti dopo il libro nono, è evidente che l'archetipo doveva essere interrotto in fine di VII, 30 e che gli altri titoli del libro settimo vennero aggiunti dopo e solo in alcuni esemplari.

In questo modo poterono facilmente introdursi delle aggiunte nel luogo, in cui l'opera originariamente si arrestava. Ed è così, che nel ms. di Troyes troviamo il capitolo *de interesse*, che ebbe, come si è visto, una così larga diffusione, e nel ms. di Tubinga (o forse anche nell'archetipo dei mss. di Rogerio completati) lo stesso capitolo ed un altro *de pluribus prescriptionibus* perfettamente estraneo alla *Summa Codicis*. ¹⁾

Affatto arbitrarie mi sembrano le omissioni del ms. Bolognese nel titolo VII, 23 ed i mutamenti in VII, 27. ²⁾ Inoltre

1) Fitting lo crede opera di Rogerio.

2) Nella *Summa* si combatte l'opinione di coloro, i quali sostenevano che l'imperatore è padrone delle sostanze dei sudditi « et ideo errant, qui dicunt principem res alienas auferre posse et alii sine causa dare: ex quo forense et celeste ius contrarium clamat ». Invece nel ms. di Bologna si sostiene precisamente l'opinione combattuta negli altri, e che è attribuita comunemente a Martino, benchè sia più antica, tanto che Placido di Nonantula nel suo *Liber de honore ecclesiae*, scritto verso il XIII, ha un capitolo speciale colla rubrica « Hic ostenditur falsum esse quod quidam dicunt: Omnia terrena imperatoris sunt. » (*Libelli de lite imperatorum*, II, 632, n. CXLIII). Il fatto, che alcune fonti posteriori confondano l'aneddoto della disputa fra Martino e Bulgaro con quello della disputa fra Azone e Lotario, non mi pare però che autorizzi senz'altro a negare, come fa il SAVIGNY, II, 98, la possibilità del primo narrato da Accursio ed Odofredo. Ad ogni modo l'opinione attribuita a Martino trovò qualche seguace e pare fosse sostenuta ancora da Riccardo Malombra (V. Alberico da Rosciate, Comm. in Dig. pr. citato da BESTA, *Riccardo Malombra* 1894, p. 57, n. 2.) Fitting naturalmente sostiene che il ms. di Bologna ci rappresenti nella parte citata l'ultima revisione Irneriana, fatta nell'epoca in cui Irnerio si era ormai dato intieramente all'imperatore.

parecchie rubriche vennero in questo ms. corrette o completate, evidentemente coll'aiuto del Codice Giustiniano.

Infine per quanto riguarda le lacune del ms. di Troyes, mi pare che esse dipendano evidentemente dalla mancanza di alcuni fogli nel ms. stesso, non nell'archetipo, come congettura Fitting. Infatti le pagine, che precedono le varie lacune sono sempre riempite completamente fino all'ultima linea, anzi nel margine inferiore del f. 65, col quale finisce un quaderno, si trova anche il richiamo al foglio seguente perduto. Ora nessun amanuense avrebbe certo compiuto il lavoro in modo, che il nuovo ms. corrispondesse linea per linea all'archetipo. Si osservi inoltre, che due fascicoli del ms. di Troyes sono composti rispettivamente di nove e di sette fogli, donde appare, che vi potevano essere in questo ms. anche altri quaderni con un numero di fogli dispari, ossia con un foglio senza corrispondente e che poteva quindi facilmente staccarsi e perdersi, come deve essere accaduto.

Per non aumentare eccessivamente la mole del lavoro, ho dovuto trascurare affatto alcune questioni, pure importantissime, quali per es. quelle dei rapporti fra la *Summa Codicis* ed il *Brachylogus*, fra la *Summa*, le *Questiones* e lo scritto *de aequitate* e via dicendo.

Non credo, che la trattazione di tali questioni, nonostante la loro importanza, fosse assolutamente necessaria. Del resto potrò anche ritornare sull'argomento dopo nuove ricerche e quando siano pure pubblicate la *Summa Institutionum* e la *Summa* provenzale. ¹⁾

Macerata, 15 Febbraio 1895.

FEDERICO PATETTA

¹⁾ Dopo compiuto il presente lavoro, venni a conoscenza di nuovi scritti sullo stesso argomento. Ricordo specialmente lo studio di Esmein, nella Rivista *Le Moyen Age* 1895 n. 2 p. 25 e segg. Esmein ammette la paternità d'Irnerio per la *Summa Codicis*; ma la nega per le *Questiones* e lo scritto *de aequitate*, oltrecchè per il *Formularium Tabellionum*. Egli presta inoltre poca fede all'uso di fonti antegustinianee da parte degli autori della *Summa* e delle *Questiones*. Coll'Esmein si accorda nei punti fondamentali P. Viollet in *Revue crit. d'hist. et de littér.*, 29 Aprile 1895, p. 322-23.

IL PAPIRO GIUDIZIARIO -CATT AOUI- E IL MATRIMONIO DEI SOLDATI ROMANI

Nella Rivista Egiziana - Anno VI N. 23 (Alessandria d' Egitto - 1894) pag. 529-533, il signor D.^r G. Botti pubblicava un articolo contenente l'edizione di un papiro giuridico, che io credo utile qui riprodurre, facendolo seguire da brevi osservazioni.

“ Il papiro “Cattaoui,, attualmente misura ottanta centimetri di lunghezza per 22 di altezza: ma dovè in origine avere almeno una lunghezza di 0^m92. È scritto nel *recto* e nel *verso* in lingua greca giudiziaria. L' età del manoscritto è certa: il *recto* è dell'anno 5^o di Antonino il Pio, a. 142 d. C.: il *verso* o dell'istesso anno, o posteriore di poco. Ignoro la provenienza. Il motivato delle sentenze del *recto* si riferisce a soldati di cavalleria romani degenti presso Ouadi-Halfa; ma un passo del *verso* si riporta a fatti avvenuti nel Fajoum e precisamente nel nomo di Arsinoe. Può ritenersi adunque che il papiro sia stato trovato nel Fajoum, miniera inesauribile di documenti ufficiali d'ogni epoca.

“ Il *recto* conserva cinque colonne di testo. Manca il principio; poco resta della prima colonna, quasi integra la seconda, sufficientemente conservate le altre. I documenti giudiziarii sono cinque. Del primo è impossibile precisare la natura e la importanza; ma si capisce che si ha sotto gli occhi un resto di sentenza in materia civile:.....

ταύτας αὐτῇ, ἀποδοῦναι δὲ κατὰ τὴν δευτέραν διαγραφὴν (ἐκ τῶν ε 3· κρατεῖσθαι οὐ δύναται (ἡ)ν ὁ οἶκος δίκαια τούτων ἔχουσών.... ἐμέλλου ἀξιούντος τι ἐπικριθῆναι αὐτ(ῶ)ν ἐκ τῶ)ν τῆς ὑφαιρέσεως. Πρὸς τὴν.... Οὐλπίος Ἀσκληπιάδ(ης) γενόμενος ἑπαρχος (σ)πείρης δευτέρας'Ι.....'Ο ἱερεὺς καὶ ἀρχιδικαστῆς ἐάν τ(ι)νας ἐναργεῖς ἀποδ(ε)ίξεις ἔχης .νν ε... ε.... ἀμους οι... σου.

“ Il dispositivo della sentenza si riferisce a diversi punti in questione, specialmente sulla legalità d' un matrimonio contratto da un soldato di cavalleria romana morto probabilmente sotto le armi in Nubia, dove stanziavano squadroni di cavalleria Iturea ed Ispana. L' eredità è invocata dalla vedova pel figlio nato da questo connubio, che la legge romana pare non riconoscere affatto.

“ Alla linea medesima della seconda colonna si incomincia un'altra sentenza: anche questa in materia di legittimità di figli nati da soldati romani nel tempo del loro servizio nella Nubia. Il procedimento giudiziario data dal regno di Trajano e probabilmente avanti l'anno 115 di Cristo.

(L. Τρ)αῖανού, φαῶφι ἐβδόμη καὶ εἰκάδι. Λονγίνου τ(οῦ)..... εἰπόντος Ῥωμ(αῖ)ον αὐτὸν ὄντα ἐστρατ(εῦσθαι ἐν) σπείρῃ πρώτῃ Θηβαίων ὑπὸ Σεουῆ(ρον), συμφωκῆναι δὲ ἐν τῇ στρατείᾳ γυν(αικ)ι Ῥωμαίᾳ, ἐξ ἧς πεπαιδοποιῆσθαι Λον(γί)νον Ἀπολλινάριον καὶ Λονγίνον Πομπώ(ν)ιον, οὗσπερ ἀξιοῖ ἐπικριθῆναι.

Λοῦ(πος λα)λήσας μετὰ τῶν νομικῶν εἶπεν:..... εἶναι δύο ἐκ Ῥωμαίας etc.

“ Inutile il resto della sentenza, che è troppo lacunoso. Il connubio è avvenuto fra Longino cittadino romano militante nel primo squadrone di cavalleria Tebana ed una donna che egli dice cittadina romana. Ne sono nati due figli: Longinio Apollinare e Longinio Pomponio. Questione prima: il matrimonio era legale? Questione seconda: Apollinare e Pomponio sono essi figli legittimi e conseguentemente cittadini romani ed eredi secondo la legge romana? Il magistrato non ammette la romanità della convivente od almeno che siano proprio di lei (lontana probabilmente dal marito che militava in Nubia) i due figli.

“ Colla terza colonna s'incomincia una sentenza nell'affare di

Khrôtis vedova di Giulio Marziano soldato di cavalleria romana, primo squadrone Tebano, di guarnigione alla frontiera della Nubia. L'affare è giudicato ai dieci di Paoni, l'anno 115 dell'era nostra.

“ La vedova è rappresentata dal rettore Filosseno. Ecco l'espositivo della sentenza:

L *in* Τραιανοῦ, Παῦνι ι.

Χρωτίδος διὰ Φιλοξένου ῥήτορος εἰπούσης ἀσπὴν ἑαυτὴν οὖσαν συνελθυθέναι Εἰσιδώρῳ ἀστῶ· μετὰ ταῦτα δὲ στρατευσαμένου ἐκείνου εἰς Χώρτην ἐσχηκέναι ἐξ αὐτοῦ υἱὸν Εἰσίδωρον, περὶ οὗ ἐντυγχάνει ἀξιούσα, εἰ ἡμελήθη ἀπαρχὴν αὐτοῦ ἀποτεθῆναι. Ὅτι δὲ υἱὸς ἐστὶν ἐκείνου, ἐγὼ διαθήκης, ἣν ἔγραψε, φανερὸν εἶναι· κληρονόμον γὰρ αὐτὸν τῶν ἰδίων ἀπολελοιπέναι.....

“ Khrôtis si dice cittadina; parmi si debba intendere ch'essa ha la cittadinanza alessandrina. Essa ha sposato un cittadino alessandrino, di nome Isidoro. Il felice marito viene incorporato nella cavalleria romana, squadrone tebaico, e diventa Giulio Marziano Isidoro. Il suo squadrone è mandato a stanziare al forte di Cortis, al confine della Dodecaschene. La derelitta ha un figliuolo cui dà il nome d'Isidoro. Il marito muore, lasciando Isidoro iunior erede dell'asse paterno. L'avvocato sostiene che il piccolo Isidoro è per testamento erede dell'asse di Giulio Marziano Isidoro: dunque è figlio legittimo di Giulio Marziano Isidoro e di Khrôtis.

“ Filone, il giudicante, ordina la lettura del testamento e decide:

« ἀναγνωσθείσης διαθήκης Ἰουλίου Μαρτιανοῦ στρατιώτου σπείρης πρώτης Θηβαίων, (spazio) Λοῦπος λαλήσας μετὰ τῶν (νομι)κῶν εἶπεν Ὅνκ ἐδύνάτο Μαρτ(ιαν)ὸς στρατευόμενος νομιμὸν υἱὸν ἔχ(ει)ν, κληρονόμον δὲ αὐτὸν ἔγραψεν νομί(μω)ς. »

“ Cioè “ non poteva Marziano, quando era soldato, avere un figlio legittimo; tuttavia lo lasciò erede legalmente,,.

“ Così il povero Isidoro non ebbe per diritto di nascita la cittadinanza alessandrina: Crotis passò per concubina; il di lei figlio fu tuttavia erede legittimo perchè il matrimonio illega-

le fu equiparato ad una società con comunanza di beni, γαμικὸν συμβόλαιον.

“ Alla linea 16.^a l'idiologo *Eudemone*, probabilmente l'istesso a cui si riferisce l'iscrizione 2492 del nostro Museo, giudica nell'anno V di Antonino, 142 d. G. C., in materia di matrimoni legittimi. La sentenza accenna a' rescritti del *potentissimo Eliodoro*, confermandoci così che C. Avidio Eliodoro era ancora prefetto dell'Egitto nell'anno 142, e dandoci notizia che in quell'anno, con apposita decisione ed in appello, aveva regolato certi punti contestati in materia di matrimonio di militari e di eventuali diritti alla cittadinanza alessandrina.

Λ ε Ὑπὸ Ἀντωνείνου τοῦ κυρίου, ἐπαγομένων γ', προσελθόντων Ὁκταοῦιου Οὐάλεντος (καὶ) Κασίας Σεκούνης, πρὸ μιᾶς ὑπερτεθε(μένων. τὸ διαβούλιον) Ἐνθαίμων βουλευσάμενος σὺν τοῖς παρα(μό)νοις εἶπεν.

Καὶ ἐχθρὸς εὐθύς ὑπομνημάτων τοῦ κρατίστου Ἡλιοδώρου ἀναγνώ(σθ)έντων καὶ τῆς αἰτίας δι' ἣν ὑπερέθε(ντο), δί(κ)ης γενομένης ἰδεῖν περὶ ἀπνηγορε(υμέν)ου πράγματος ἐντυχούσαν τὴν μητέρα ἀσπὴν(?) το...άστου τοῦ καὶ σημεῖον ἐντυχὼν τοῖς εἰς τοῦτο (δια)φέρουσιν πράγμασιν, βεβαιῶ ὃ ἐχθρὸς ὑπελάμ(βανον). Ἐξερχομένου εἴτε ἐν τάξει, εἴτε ἐν σπείρᾳ, εἴτε ἐν εἰλῇ ὃ γεννηθεὶς οὐ δύναται εἶναι νόμιμος υἱός. Μὴ ὦν δὲ νόμιμος υἱὸς τοῦ πατρὸς ὄντος Ἀ(λεξαν)δρέως Ἀλεξανδρεὺς οὐ δύναται εἶναι. Ὁ παῖς οὕτως γεγέννηται τῷ Οὐάλεντι. Στρατευομένου ἐν σπείρᾳ ὃ υἱὸς αὐτοῦ ἐστίν. Εἰσαχθῆναι εἰς τὴν πολιτείαν τὴν Ἀλεξανδρέων οὐ δύναται.

“ Cioè, a un dipresso: *et omissis omittendis*: “ Io confermo „ quello che pur ieri ho deciso. Il figlio di uno che si trova fuori „ o nello squadrone o nel distaccamento o nell'ala, non può esser „ legittimo. Non essendo figlio legittimo d'un padre che è cittadino „ alessandrino, egli non può essere cittadino alessandrino. Tale „ è il figlio che è nato a Valente: è il figlio di uno che milita- „ va in un distaccamento. Non può essere iscritto nella cittadinan- „ za di Alessandria.

“ Come si vede, il magistrato romano è d'una logica inesorabile.

“ L'ultima colonna del *recto* contiene una sentenza dell'*idiologo* Giuliano, meno leggibile, ma più completa.

Ἰδιουλόγου Ἰουλιανοῦ.

Ἔτους κ' Ἀδριανοῦ τοῦ κυρίου, ἸΑθϋρ κς.

Σαραπίωνος Ἀπολλωνίου καὶ Ἀρωίσις (?) Ἀθηνοδώρου (κατ)ηγορούντων Κορνηλίας δι' Ἀπ(ολλωνίου π)ρεσβυτέρου ῥήτορος καὶ παρ(α)νόμως κυρ(ιεύειν) ἀνδραπόδων Ζ καταστα(θέν)των αὐτῇ ὑπὸ Ἀκουτιανοῦ..κλ)ηρονομικοῦ ἐν τῷ συνβιώσεως χρόνῳ, καὶ Θέωνος ῥήτορος παρισταμένου τῇ Κορνηλία φάσκοντος τὸν οἶκον νόμιμον γεγονέναι. στρατευομένων γὰρ συμβεβληκέναι τῷ Ἀκουτιανῷ, καὶ τὰ ἀνδράποδα ταῦτα μ' ἐωνήσθαι.

Ἀναγινώσκοντος τελωνείαν Μούσης σὺν ὑποστίθῳ ἐπὶ τοῦ δωδεκάτου ἔτους καὶ Δάφνης ἐπὶ τοῦ ιθ' οἰκογενείας δὲ θρεπτοῦ καὶ συντρόφου φάσκοντος.

Σαραπίωνος ῥήτορος παρισταμένου αὐτῇ Σε(ου)ῆρον ὑποστίθιον εἶναι ἐκ Μούσης γενόμενον Ἐλπιδοφόρου δὲ οἰκογενείας (μ)ε ἔχειν, τοῦτο δὲ ἐπὶ πολλῶν φιλεῖν γίνεσθαι, μὴ γὰρ παῖ(δας ἐκ οἰκογενείας γίνεσθαι,

Ἰουλιανὸς τὸ κατὰ τὴν..... καὶ ἀνδράποδον καὶ οὐ μὲ ἐπὶ υ οἰκογένειαν..... κυρια..... καὶ τὰ ἄλλα σοι ἀνίημι, ἀξιούσης αὐτῆς ἀποδοθῆναι τὸ δάνειον, ὃ ἔσχεν παρ' αὐτῆς Ἀκουτιανός, ἄρα ἐπὶ παρακαταθήκῃ, καὶ ἀναγινωσκούσης τὰ γράμματα.

Τοῦ δὲ κατηγόρου λέγοντος τοῦτο εἶναι γαμικὸν συμβόλαιον, τοὺς γὰρ στρατευομένους οὕτως συμβάλλειν.

Ἰουλιανὸς τὸ..... δάνειον ἐβάλλω ἐκ παρ(α)νόμου γάμου γενόμενον.

“ L'idiologo dell'anno 136 di Cristo è Giuliano. Cornelia vedova del soldato Acuziano rappresentata dal retore Teone è attaccata da Sarapione ed Aroisis (rappresentati dal retore Apollonio Seniore) per possesso illegale di sette schiavi.

“ Se bene hō compreso il sistema della difesa, la donna Cornelia sostiene che Acuziano fu di lei marito con comunanza di beni; ch'ella stessa comprò Dafne, Musa e gli altri schiavi. Musa quando fu comprata aveva un maschiotto, il quale in appresso avrebbe potuto nel contubernio servile aumentare la famiglia. Il figlio di Musa appartiene dunque a Cornelia. Il magistrato giudicando respinge ciò che è il fondamento della difesa,

cioè che il matrimonio tra Acuziano e Cornelia sia legale e ne infirma i conseguenti.

“ Così tutte le sentenze contenute nel *recto*, benchè slegate fra loro, vertono tutte sulla illegittimità di contratto matrimonio per militari in servizio.

“ Nel *verso* una minuta in sette colonne poco leggibili pare si riferisca alle pratiche di legge fatte in conseguenza della sentenza di Giuliano, e che tutto si passi nel nome di Arsinoe.

“ Debbo speciali ringraziamenti al signor Alessandro Max de Zogheb per avermi ottenuto dal signor Cattaoui il permesso di fare uso di questo importante documento: moltissimi poi al Prof. I. Stravridès, il ben noto ellenista, per l'aiuto prestatomi fraternamente per la sincera ricostituzione del testo. „

Ho voluto riprodurre tutto l'articolo del D.^r Botti, perchè il modo frammentario, col quale i testi vi sono inseriti, difficilmente permette di ricongiungerli e di pubblicarli altrimenti, senza rivedere il papiro originale. Ma con ciò non ho voluto significare che io accetti tutte le interpretazioni date dall'egregio D. Botti, per quanto ingegnose. Così p. es. il confronto coi papiri berlinesi.¹⁾ dimostra, che nell'ultimo frammento si tratta di una di quelle forme, di cui si solevano rivestire le doti, nelle unioni dei militari; nè il contratto nuziale, di cui è cenno nel frammento stesso, deve interpretarsi nel senso di una comunione di beni, ma bensì nel senso di contratto dotale.

Del resto io debbo candidamente confessare, che più d' un punto mi riesce poco intelligibile.

“ Ciò che vi è di comune nelle varie controversie risolte nei giudizi conservatici in questi papiri, è la nullità del matrimonio dei militari, che dà luogo anche alla invalidità della costituzione di dote, e la illegittimità dei figli nati durante la milizia del

1) *Aegyptische Urkunden aus den Museen Berlin*, fasc. 5 n. 114. Conf. DARESTE nella *Nouvelle Revue hist. de droit* 1894 p. 687.

padre. Ci è così richiamata con nuovi importantissimi documenti la questione del matrimonio dei soldati romani, la quale, sebbene oggi sembri quasi affatto trascurata dagli scrittori di diritto romano privato e di storia del diritto romano ¹⁾, è stata ed è tuttora molto dibattuta tra gli scrittori di antichità romane. Io non intendo dar qui una completa bibliografia sull'argomento; ma credo che non riusciranno sgradite al lettore alcune indicazioni. Tra i più recenti sono da consultare specialmente: MOMMSEN *Corpus inscriptionum latinarum* III p. 906 segg. e *Supplementum* fasc. 3 p. 2011; WILMANN *Commentationes in honorem Th. Mommseni* p. 201 segg. e *Corpus inscriptionum latinarum* VIII p. 284 segg.; MISPOULET *Le mariage des soldats romains* (*Revue de Philologie* 1884 p. 113 segg. riprodotto poi in *Études d'institutions romaines*, Paris 1887, p. 229 segg.) ²⁾. Tra gli scrittori precedenti possono riscontrarsi ancora: LIPSIUS in *Taciti annales* XIV n. 27, e *de militia romana* lib. V dial. 18 ³⁾, FERNANDEZ DE RETES *Opusc. lib. V cap. II de castr. pecul.* § 8 segg. ⁴⁾ e gli autori da lui citati, WIELING et MESTRE *De connubiis militum romanorum* ⁵⁾, MARINI *Atti e monumenti de' fratelli Arvali* (Roma 1795) part. 2, p. 436 segg. p. 477 n. 54, HAUBOLD e PLATZMANN *Iuris rom. testim. de militum honesta missione* ⁶⁾.

Non è forse ancora giunto il tempo di dire l'ultima e sicura parola su tale questione: è probabile che dalla pubblicazione dei papiri egiziani, dei quali oggi tanta è la copia, si possano ancora avere più precise notizie a questo riguardo; tuttavia credo che

1) Confr. p. es. le ben note storie di HUGO, ZIMMERN, WALTER, PADELLETTI, MUIRHEAD, KARLOWA, SCHULIN etc. Brevissimi accenni si trovano in PUCHTA *Instit.* § 288. bb, REIN *Privatrecht der Römer* 2^a ed. p. 404, MAYNZ *Cours de droit romain* 4^a ed. III. § 305 n. 10, LEONHARD *Instit.* § 52 p. 202. Nulla trovasi neppure nelle opere speciali di diritto privato sulla famiglia e sul matrimonio.

2) Conf. pure brevi cenni in FITTING *Castrense peculium* p. 68 segg., GIRAUD *Les bronzes d'Osuna* (*Journal des savants* 1875 p. 261 segg.), GIRARD *Textes de droit romain* 2^a ed. p. 157, DARESTE *loc. cit.*

3) Edit. 3^a Antuerpiae 1602 p. 344 segg.

4) In MEERMANN *Thesaur.* VI p. 244 segg.

5) In OELRICHS *Thesaur. dissert. iurid.* II, 1, n. VI p. 291 segg. specialmente p. 303 segg.

6) In HAUBOLD *opuscula vol. II* p. 846 segg.

mi si perdonerà s'io esporrò qui i risultati più che dei miei studi, dei miei dubbî.

Anzitutto avvertiamo che la questione va limitata ai soldati cittadini romani, ¹⁾ e che è necessario distinguere bene la facoltà di aver moglie, da quella di coabitare con la moglie, e soprattutto da quella di prendere moglie.

Che i soldati al tempo della repubblica potessero aver moglie, è naturale e risulta chiaro da LIVIO 21, 41, 16 ²⁾ e 42, 34³⁾; nè per quel tempo si trova traccia di un divieto di contrarre matrimonio. La disciplina militare vietava però alle donne di seguire i soldati negli accampamenti. ⁴⁾

Ma i dubbî sorgono gravi per i primi secoli dell'impero. Alcuni testi ci dimostrano che i soldati non solevano essere ammogliati; così p. es. TACITO *ann.* 14,27 lamenta che i coloni veterani non lasciassero discendenti, perchè non avvezzi al matrimonio, e TERTULLIANO de *exhort. castit.* c. 12 menziona i soldati tra le categorie dei celibi. Ma ciò non basta ancora a provare, che giuridicamente i soldati non potessero avere e prendere moglie, poichè è certo che in ogni modo la vita militare è poco adatta al matrimonio, anche se questo non sia legalmente vietato.

SVETONIO *Aug.* c. 24 ci dice che Augusto *disciplinam severissime rexit; ne legatorum quidem cuiquam nisi gravate hibernisque demum mensibus permisit uxorem intervire.* Ciò può farci pensare che fosse vietato in generale agli ufficiali e ai soldati di coabitare con le mogli.

DIONE 60, 24 ci narra che Claudio concesse ai militi i diritti spettanti ai mariti, perchè per legge non potevano aver mo-

1) Che i peregrini potessero aver moglie secondo il loro diritto anche sotto l'impero risulta direttamente dai diplomi militari.

2) Discorso di Scipione ai soldati: « unusquisque se non corpus suum, sed coniugem ac liberos parvos armis proteggere putet. »

3) Discorso di Sp. Ligustino: « cum primum in aetatem veni pater mihi uxorem... dedit... sex filii nobis... filii quatuor togas viriles habent, duo praetextati sunt... viginti duo stipendia annua in exercitu emerita habeo et maior annis sum quinquaginta ». Almeno i *praetextati* erano dunque nati durante la milizia del padre.

4) Conf. SERVIUS ad *Aen.* 8, 688; PROPERTIUS 5, 3, 45; CICERO *Catil.* 2, 10, 23; *Livii epit.* 57; DIO fr. 57, 33; APPIANUS *his.* 85; FLORUS, I, 33 [2,18], etc.

glie ¹⁾, e ciò dimostra che veramente esisteva un divieto legale il quale si suol fare appunto risalire ad Augusto.

Il divieto ci è poi attestato oggi espressamente anche dai papiri berlinesi 114 e 140 e dal nostro papiro Cattaoui. Ma in che consisteva esso precisamente? e fino a quando durò?

Le parole usate da Dione, nel passo testé citato, e il caso deciso nella sentenza del papiro Cattaoui relativa a Chrotis ²⁾ possono far credere che i soldati romani al tempo di Claudio e di Traiano non solo non potessero contrarre matrimonio, ma neppure aver moglie. Ciò però sembra veramente eccessivo, e non sarebbe strano che Dione si fosse espresso in modo non completamente esatto e che la sentenza accennata dovesse spiegarsi altrimenti, come già si è detto in nota.

Se fosse certa la restituzione proposta dal MOMMSEN al diploma militare XXVIII nel *Corpus inscriptionum latinarum* III: "...[qui uxores non] habent, si qui eorum feminam peregrinam duxerit dumtaxat singuli singulas, quas primo duxerint, cum iis habeant conubium", si avrebbe anche una prova anteriore a Traiano della possibilità che i soldati avessero moglie. ³⁾

Adriano, secondo ci riferisce Papiniano, rescrisse che l'eredità lasciata dalla moglie ad un soldato figlio di famiglia apparteneva a costui come parte del peculio castrense ⁴⁾: ciò presupp-

¹⁾ τοῖς στρατευομένοις, ἐπειδὴ γυναικας οὐκ ἐδύναντο ἐκ γε τῶν νόμων ἔχειν, τὰ τῶν γεγαμηκότων δικαιώματα ἔδωκε.

²⁾ Può tuttavia dubitarsi che il matrimonio romano avesse avuto luogo prima della incorporazione del marito nella milizia. La decisione poi potrebbe spiegarsi anche con un divieto legale di coabitazione con la moglie, con la grave sanzione della illegittimità dei figli procreati durante la milizia.

³⁾ Il diploma è probabilmente di Domiziano.

⁴⁾ L. 13 D. de castr. pecul. 49, 17; l. 16 eod. Riguardo al fondamento di questa disposizione di Adriano, quantunque oggi i più ritengano che si tratti di un puro arbitrio dell'imperatore, io credo si possa ancora difendere l'idea esposta dal CUIACIO *Papin. Resp.* ad h. l. che cioè si tratti di un acquisto castrense, perchè il milite come tale poteva acquistare l'intera eredità della moglie. Non parmi che abbia valore l'osservazione contraria, che il soldato poteva già acquistare l'intera eredità della moglie come assente (ULPIANUS XVI, 1), perchè egli era assente appunto perchè soldato, e quindi la causa della sua capacità era pur sempre la milizia.

pone evidentemente il matrimonio perdurante, ed è anzi un favore concesso a tale matrimonio.

GAIO ¹⁾ annovera la milizia, accanto alla vecchiezza e alla malattia, tra la cause, per le quali *satis commode matrimonium retineri non possit*, onde può aver luogo il divorzio *bona gratia*: ciò prova che per sè stessa la milizia non scioglieva senz'altro il matrimonio, mentre era un impedimento alla convivenza maritale.

MARCELLO ²⁾ parla della successione di un nepote *in locum filii* di un soldato, il che ci dimostra che, almeno al suo tempo, i soldati potevano avere figli legittimi; non ci è detto però in qual tempo generati.

Possiamo dunque ammettere come probabile che non fosse vietato l'aver moglie, ma bensì il coabitare con la moglie, e che qualche proibizione vi fosse circa il contrarre matrimonio.

Il papiro berlinese 114, già più sopra citato, porta una sentenza di Lupo prefetto d'Egitto, che nell'auno 116/117 d. Cr., imperante Traiano, nega la dazione del giudice per la dote del preteso matrimonio di un milite *ὁ γὰρ ἔξεστιν στρατιώτην γαμεῖν*. E il simile si trova nel papiro stesso per un altro caso dell'anno 134, imperante Adriano, il che dimostra che da Traiano ad Adriano la legislazione a questo riguardo non deve aver subito modificazioni.

Il papiro berlinese 140 ³⁾ ci conserva una importantissima epistola di Traiano senza data (anni 98-117) a Simmio, nella quale l'imperatore constata che i figli generati durante la milizia dei padri non erano ammessi a raccogliere l'eredità paterna ab intestato, avendo il genitore contravvenuto alla disciplina militare; egli poi benignamente li ammette alla *bonorum possessio unde cognati*. Ciò potrebbe anche significare che i soldati non potessero

1) L. 61 D. de donat. i. v. et u. 24, 1, GAIVS lib. 11 ad ed. prov.

2) L. 8 D. de test. mil. 23, 1. Si può tuttavia dubitare dalla genuinità di questo testo.

3) Oltre che nella raccolta citata *Aegyptische Urkunden* vol. 1 fasc. 5, questo testo si trova riprodotto con versione latina in BRUNS *Fontes* 6^a ediz. 1 p. 381 seg. e in GIRARD *Textes de droit romain* 2^a ediz. p. 157 seg.

aver moglie; ma può ottimamente spiegarsi anche o col divieto di coabitare con la moglie, sotto la sanzione della illegittimità dei figli generati durante la milizia¹⁾, o col divieto di contrarre matrimonio, se l'epistola non si dovesse riferire anche ai figli nati durante la milizia da matrimonio contratto prima della milizia.

Con questi testi dunque e con quelli del papiro Cattaoui giungiamo alla conclusione probabile, che i soldati nel primo secolo dell'impero e fin verso la fine del secondo potessero bensì aver moglie, ma non coabitare con essa, sicchè persino i figli generati durante la milizia in contravvenzione alla disciplina fossero considerati illegittimi; fosse poi proibito il contrarre matrimonio. Dubbio è fino a qual punto tale proibizione fosse assoluta, se cioè fosse lecito almeno il matrimonio tra assenti e con donne non della provincia, nella quale il soldato militava.

Settimio Severo fece ai soldati, tra le altre, una concessione relativa ai rapporti con le donne; ma il passo di Erodiano, ²⁾ che ci dà questa notizia, è di poco sicura interpretazione. Infatti ivi si dice, che Severo permise ai soldati *γυναῖξί τε συνοικεῖν*, e ciò è stato inteso da alcuni nel senso di contrarre matrimonio, da altri nel senso di coabitare con concubine, da altri nel senso di coabitare con le mogli, da altri finalmente nel senso di contrarre un quasi-matrimonio con le focarie. Io preferirei il significato più generale di coabitare con donne, siano queste mogli ³⁾, siano concubine.

1) Confronta più sopra ciò che ho detto relativamente al caso di Chrotis nel papiro Cattaoui.

2) HERODIANUS 3, 8, 5: *τοῖς τε στρατιώταις ἐπέδωκε χρήματα πλείστα ἄλλα τε πολλὰ συνεχώρησεν ἃ μὴ πρότερον εἶχον. καὶ γὰρ τὸ σιτηρεσίον πρῶτος πύξησεν αὐτοῖς καὶ δακτυλίοις χρυσοῖς χρῆσασθαι ἐπέτρεψε γυναῖξί τε συνοικεῖν, ἅπερ ἅπαντα σωφροσύνης στρατιωτικῆς καὶ τοῦ πρὸς τὸν πόλεμον ἐτοίμου τε καὶ εὐσταλοῦς ἀλλότρια ἐνομίζετο.*

3) Oltre i passi di Dione 42, 44; 59, 11; 59, 28 citati dal WILMANNs, vedi il papiro Cattaoui nel passo relativo ai due Longini.

Certo è che numerose epigrafi, specialmente del campo di Lambesis, ci menzionano il matrimonio di soldati romani, contenendo i titoli di *coniux*, *uxor*, *mari'a*, *maritus*, *gener*, *socer*, *pater*, *filius*, *sponsus*; onde è credibile che non del solo rapporto con concubine si dovesse trattare ²⁾.

Nel Digesto poi e nel Codice Giustiniano noi troviamo molti testi da Papiniano in poi, dai quali risulta manifesto che i militi potevano contrarre valido matrimonio e avere figli legittimi anche durante la milizia. Così PAPINIANO ci dice che il milite figlio di famiglia non può contrarre matrimonio senza la volontà del padre (l. 35 D. de R. N. 23, 2), e tratta la questione se la dote data o promessa faccia parte del peculio castrense del marito milite figlio di famiglia (l. 16 D. de castr. pecul. 49, 17), e altrove ci mostra il milite con figli legittimi (l. 36 §. 2, l. 38 pr. D. de test. mil. 29, 1); TERTULLIANO parla di figli generati durante la milizia (l. 33 pr. §. 2 D. de test. mil. 29, 1); TRIFONINO di figli senz'altro (l. 41. §. 3 D. de test. mil. 29, 1); PAOLO fa menzione del fondo dotale di un soldato (l. 16 D. de test. mil. 29, 1); ULPIANO parla di mogli (l. 35 §. 3 D. de R. N. 23, 2; l. 32. §. 8 D. de don. i. v. et u. 24, 1; l. 6, l. 7, l. 8 D. de castr. pecul. 49, 17) e di figli legittimi di soldati (l. 15. §. 5, l. 28 D. de test. mil. 29, 1), e anzi espressamente di figli legittimi generati durante la milizia (l. 7, l. 9 pr. D. de test. mil. 29, 1).

E di mogli e di figli di militi trattano anche nei loro rescritti Caracalla (l. 3. C. de test. mil. 6, 21) e Alessandro (l. 6 C. de test. mil. 6, 21; l. 1 C. de uxor. mil. 2, 51).

Notevoli tra gli altri, perchè ci attestano la persistenza del divieto del matrimonio degli ufficiali con donne della provincia, ove la milizia si esercitava, sono la l. 63 D. de R. N. 23, 2 di Papiniano, che dice non potere il prefetto della coorte o della

²⁾ Vedi, a cagion d'esempio, nel C. I. L. VIII n. 2786. 2783. 2793. 2795. 2802. 2305. 2806. 2808-2810. 2816. 2813. 2319. 2823. 2825-2827. 2838. 2843. 2845. 2349. 2851. 2856. 2857. 2865-2868. 2871. 2873. 2777. 2878. 2830. 2891. 2835-2397. 2893. 2903. 2905-2508. 2318. 2919. 2930. 2338-2941. 2948. 2352. 2953. 2955. 2959. 2367. 2372. 2996. 2998. 3004. 3012. 3015. 3018. 3019. 3053. 3057. 3065. 3081. 3087. 3095. 3123. 3141. 3143. 3145. 3164. 3165. 3199. 3216. 3219 etc. etc.

cavalleria e il tribuno contrarre matrimonio con donne di quella provincia, e la l. 66 eod. di Paolo, nella quale si legge: " Eos qui in patria sua militant non videri contra mandata ex eadem provincia uxorem ducere idque etiam quibusdam mandatis contineri. § 1. Idem eodem. Respondit mihi placere etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat iustas nuptias effici; et ideo postea liberos natos ex iusto matrimonio legitimos esse. ¹⁾ „ Or qui è dubbio se si tratti di una semplice applicazione agli ufficiali militari del divieto generale fatto ai magistrati di prender moglie della provincia, ove hanno l'ufficio loro, ovvero se il divieto si estenda anche a tutti i militi, come parrebbe dalle generali parole della l. 65 pr., le quali però sembra debbano interpretarsi restrittivamente a causa di quanto segue nel §. 1 (*post depositum officium*).

Intanto per la prima metà del 3° secolo i diplomi militari²⁾ ci danno anche una formula, che non si trova in quelli anteriori, almeno i quelli che ci sono rimasti: cioè: " *ipsis filiisque eorum quos susceperint ex mulieribus quas secum concessa consuetudine vixisse probaverint civitatem romanam dederunt et conubium cum isdem quas tunc secum habuissent cum est civitas iis data.* „ Ciò può accennare tanto a concubinato, quanto a matrimonio non romano, e in ogni modo dimostra non essere più proibita ai militari la coabitazione con donne.

Pel diritto relativo al matrimonio dei soldati dopo Alessandro Severo veggansi: Gordiano, l. 9 C. de test. mil. 6, 21; Filippo, l. 10 C. eod.; il fatto relativo a Vittorino in TREBELLIUS POLLIO *tyranni triginta* 6, 3; Aureliano, citato in l. 4 C. de primip. 12, 62; Diocleziano, l. 19 C. ad l. Iul. de adult. 9, 9, l. 2 C. de uxor. mil. 2, 51, l. 4 C. de primip. 12, 62; Costantino, l. 1 C. de filiis offic. 12, 47, l. 15 C. de test. mil. 6, 21, l. 7 C. de repud. 5, 17; Costante, l. 3 C. Th. de re mil. 7. 1 eguale a l. 10

(1) Conf. l. 6 C. de nupt. 5, 4.

(2) Vedi i diplomi nel C. I. L. III. n. 53 Philippi a. 247; n. 56 Decius a. 249, e nel *Supplem.* al vol. III. n. 82 Caracalla a. 214-217.

C. de re mil. 12, 35; Giuliano, in AMMIANUS MARCELLINUS XX, 4, 11 e LIBANIUS *ἐπιτάφιος* (ed. Morell. Lutetiae 1627 p. 284; ed. Reiske, Altenburg 1791 p. 553 seg.); Valentiniano e Valente, l. 6. C. Th. de tiron. 7, 13; Graziano, Valentiniano e Teodosio, l. 2 C. de filiis off. 12, 47; Teodosio II e Valentiniano III, l. 21 C. de nupt. 5, 4; e finalmente l'anonima l. 3 C. de filiis offic. 12, 47.

VITTORIO SCIALOIA

Studi critici

SULLE FONTI DEL DIRITTO ROMANO

Βιβλία εἰς *Iulianus ad Minicium*

(continuazione e fine dal vol. VII p. 225 e segg.)

multa et maxima sunt quae propter
utilitatem rerum transformata sunt.

GIUSTINIANO

*
*
*

fr. 10 (41-4)

Servus domino ancillam, quam subripuerat, pro capite suo dedit: ea concepit: quaesitum est, an dominus eum partum usucapere possit. respondit: || hic dominus quasi emptor partum usucapere potest, namque res ei abest pro hac muliere, et (*genere*) ¹⁾ quodammodo venditio inter servum et dominum contracta est.

Qui manca il responso originale, che era contenuto ne' libri di Minicio.

La nota di Giuliano: *hic dominus...* figura ora come tale, per opera dei compilatori,

Nelle fonti noi abbiamo dati sicuri per darne la dimostrazione.

1) Mommsen ad h. l. *deleatur*: e vedremo in seguito anco per un nuovo argomento, che questa parola deve essere eliminata. Già il Cuiacio: *Observ. IV, 8* avvertì ciò, e correggeva: *genere quodam*.

Già dai *veteres* era ammesso; che il parto della serva furtiva, concepito e nato presso il possessore di bona fede, potesse essere usucapito.

Pomponio infatti (32 ad Sab. — fr. 4 p. D. 41, 10) cita Trebazio ¹⁾ in questo senso. Ciò prova che i romani ebbero già *ab antico* chiara la concezione, che il parto, distaccato dalle viscere materne, non fosse *parte* della madre, ma, invece, costituisse una cosa a se. ²⁾

Di conseguenza, a parte la questione, riferita da Cicerone — de finibus 1, 4 § 12 — *an partus ancillae sitne in fructu habendus*, — non si poteva dubitare che il vizio impediente l'usucapione riguardo alla cosa madre, non potesse riflettere i suoi effetti sul parto.

Così noi troviamo, durante la giurisprudenza classica, senza eccezione, ammessa la usucapione riguardo al parto della serva furtiva, come ci è, in ultimo, attestato da un rescritto di Alessandro:

Si matrem eius, cuius nomine quaestionem pati dicis, bona fide emptam possidere coepisti, etiamsi ipsa in causam furtivam incidit, tamen postea conceptum apud te partum usucapere potuisti.

C. 3 Cod. De usucapione pro emptore etc. 7. 26.

Ma nella nostra specie la questione non versava su questo punto. In essa i dubbi sulla ammissibilità della usucapione erano giustificati sotto parecchi aspetti; dacchè nei presupposti di fatto si ha, che la serva furtiva fu dal servo consegnata al padrone come prezzo della libertà. La controversia anzi fra i giuristi romani, per questo caso speciale, è a noi tramandata; ed appariva ancora nel fr. in esame, prima che fosse dai compilatori rimaneggiato.

Non ammettevano la usucapione, nella identica specie, Sabino e Cassio, come riferisce Paolo 54 ad ed. fr. 4 § 16 D. 41-3.

De illo quaeritur, si servus meus ancillam, quam subripuit, pro libertate sua mihi dederit, an partum apud me conceptum

¹⁾ CUIACIO, opera vol. VI p. 683 ad tit. pro suo — sulle orme di altri, preferiva leggere: *Neratius*; ma vedi contro: LENEL, Palingenesia; Trebatii n. 77. Incerto il PERNICK, Labeo vol. II, 2 ediz. p. 402 n. 3.

²⁾ Confr. fr. 10 § 2 D. 41-3; — fr. 26 D. 50, 16.

usucapere possim. Sabinus et Cassius non putant, quia possessio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret, et hoc verum est.

Notevole è la perfetta analogia tra la relazione Pauliana ed il nostro fr. estratto dai libri di Giuliano a Minicio. Solo la decisione è diversa; ma è compito nostro ora indagare se devesi attribuire a Giuliano, pel primo, quell'opinione favorevole alla possibilità della usucapione del parto della serva furtiva, in contraddizione dell'altra seguita da Sabino e Cassio, che ci è riferita da Paolo.

Rifacciamoci all'esame sostanziale delle due diverse decisioni.

Sabino e Cassio negavano la possibilità della usucapione, nella specie riferita, solamente in considerazione del rapporto che intercede tra padrone e servo. Per questi giuristi il vizio d'acquisto del servo affetta anco la *possessio* del *dominus* ¹⁾ cui la cosa è pervenuta; in altri termini essi ammettevano tra padrone e servo una successione nel vizio impediente l'usucapione, come avviene nel rapporto di eredità — [fr. 4 § 15 D. 41-3; fr. 2 § 19 D. 41, 4; fr. 11 § 2 D. 6, 2 —] Quest'ordine di idee è chiaramente scolpito nella motivazione da Paolo riferita, e che certamente, come appare dalla costruzione indiretta, si riporta ai capi Sabiniani:

*quia possessio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret.*²⁾

È inoltre comprovato dal fatto che Paolo, il quale segue nella nostra questione le orme dei giuristi citati, tratta in due paragrafi consecutivi della cit. legge — § § 15, 16 — ed analogamente, de' rapporti di successione dell'*heres* e del *dominus*, per riguardo alla usucapione.

Su questi concetti e sul loro valore avremo occasione di tornare fra breve.

Per ora riprendiamo il nostro fr., in cui, nella forma di un responso, figura una concezione del rapporto affatto opposta:

hic dominus quasi emptor partum usucapere potest, namque

1) Così anco Göppert «Ueber die organischen Erzeugnisse» p. 199 e seg. Altre opinioni ivi p. 207 nota 39.

2) Non si può con certezza affermare, ma è tuttavia probabile che anco Celso — fr. 2 § 11, 14 D. 41, 4 — seguisse quest'ordine di idee.

res ei abest pro hac muliere, et quodammodo venditio inter servum et dominum contracta est.

È prima di tutto, è per me fuori dubbio che questa opposizione si debba a Giuliano, il quale annotò, ne' termini suddetti, la decisione contraria riferita, ne' libri di Minicio. Tale asserzione può essere immediatamente suffragata da prove evidenti e dirette.

a) La costruzione giuridica, cui il giurista ricorre per affermare nella specie la possibilità della usucapione da parte del dominus, è prettamente giuliana. Come osservò già il Perozzi,¹⁾ è un concetto giuliano quello di ritenere "simiglianza alla vendita tutte le volte, che chi riceve perde in cambio qualche cosa o soggiace a qualche onere.„ Nelle opere di Giuliano riscontriamo parecchie volte la identica costruzione; così riguardo al creditore della dote. fr. 19 D. 44, 7 — Iul. 73 dig. Ex promissione dotis: non videtur lucrativa causa esse, sed *quodammodo* creditor aut *emptor* intellegitur, qui dotem petit. Similmente per colui che ha prestato in processo la *aestimatio litis*: fr. 22 D. 25, 2 — Iul. 19 dig.

.... qui litis aestimationem suffert, emptoris loco habendus est.²⁾

b) Un argomento ancor più grave si ricava dai libri *ad Urseium Ferocem* dallo stesso Giuliano annotati, dove troviamo riprodotta la stessa decisione, con l'identica costruzione a forma: fr. 9 D. 41-4 —

Qui ob pactionem libertatis ancillam furtivam a servo accepit, potest partum eius *quasi emptor* usucapere.

Che in questo fr. l'originale decisione e la nota giuliana vennero fusi dai compilatori, appare evidente da altri indizii. In esso infatti si tace delle altre condizioni indispensabili per ammettersi l'usucapione del parto della serva; cioè, che essa abbia concepito e partorito presso il compratore di bona fede. Ne' libri di Urseio tali presupposti non potevano essere sottintesi, come non

1) In questo Bullettino, Vol. VII, p. 66.

2) La costruzione giuliana è generalmente riprodotta da Ulpiano: (l. VI fideic.) fr. 15 D. 42, 4.

lo sono mai dai giuristi romani — cfr. fr. 11 § 3 D. 6, 2; fr. 33 p. D. 41. 3 etc — e ciò appunto perchè, mancando uno di essi, come lo stesso Giuliano insegna altrove,¹⁾ la usucapione del parto non poteva aver luogo. Nella compilazione, invece, quella soppressione fu possibile perchè i commissari a questo fr., sommariamente riprodotto, fecero seguire l'altro, estratto dai libri *ad Minicium*, che trattava l'identico caso e che esponeva dettagliatamente i presupposti essenziali per l'usucapione.

c) riguardo alla forma, poi il *quodammodo*, è, come vedremo in seguito, spesso usato da Giuliano; ed era, come già fu avvertito dal Buhl.²⁾ prediletto al maestro di lui, Giavoleno,

d) Non è senza importanza, infine, osservare che il periodo giuliano, sostituito dai compilatori alla originale decisione, comincia con le parole “ *hic dominus* „. Lo *hic* potrebbe qui avere, e per tale è stato sempre considerato, il valore d'un pronome dimostrativo. Giuliano stesso, ne' suoi digesti, ci offre due esempi di responsi che cominciano in tal modo: *respondi: hic casus*; ³⁾ *r.^{di} hic enim sumptus*.⁴⁾ Tuttavia, io propenderei a considerarlo come un avverbio (*hic*) usato, come di frequente anco dai giuristi,⁵⁾ in senso translato, nella funzione delle forme: *cum res ita se habeat*; *in hac re*: (Forcellini h. v.). Se così è, — e si sa bene al riguardo, che la vera funzione di simili parole può solo desumersi dal contesto del discorso, — spicca, nel nostro periodo, anche esteriormente evidente il carattere della nota.

Si può ora dunque affermare, con qualche certezza, che Giuliano forse pel primo ammise, nella nostra specie, la possibilità della usucapione del parto della serva, negata da Sabino e Cassio; in secondo luogo, che tale opinione fu espressa da Giuliano nella forma d'una nota: ⁶⁾

1) Iulianus 6j Dig. fr. 26 D. 1, 5 — ... praeterea si ancilla praegnans subrepta fuerit, *quavis* apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam *furtivum* usu non capitur. Confr. fr. 48 § 5 D. 47, 2 Ulp. 42 ad Sab.

2) Salvius Iulianus — I p. 56.

3) Iul. 28 dig. fr. 1 D. 38. 13.

4) Iul. 86 dig. fr. 6 D. 14-2.

5) Pomponio nel fr. 29 D. 41-3. Paolo nel fr. 2 § 15 D. 41-4. Ulpiano nel fr. 7 § 4 D. 2, 14, cf. specialmente fr. 3 p. D. 37-1.

6) La costruzione diretta del periodo, dopo il *respondit* (!) depone anco per l'opinione qui sostenuta.

hic dominus quasi emptor partum usucapere potest *cet.* in opposizione al responso Sabiniano, che era riprodotto ne' libri di Minicio. ¹⁾

Resta ora a vagliare intrinsecamente, di fronte alla decisione dei capi Sabiniani, quella contraria di Giuliano. E chiedo innanzi tutto, come mai Giuliano poté sormontare l'argomentazione Sabiniana, che ci è riferita da Paolo nel fr. 4 § 16 cit., per la quale, necessariamente, doveva escludersi, nella specie, la usucapione del dominus? Si ricordi infatti come Sabino e Cassio motivavano la loro decisione: *quia possessio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret*; cioè essi si fondavano evidentemente su di un principio di diritto, secondo il quale i *vitia* del possesso acquistato dal servo riflettessero i loro effetti anco nella persona del *dominus*.

Su ciò non può versar dubbio alcuno. Ma è necessario determinare con maggiore accuratezza e precisione la ragione intima che muoveva i detti giuristi ad ammettere tra servo e padrone una successione ne' *vitia possessionis*, in certo qual modo come nel rapporto di eredità.

È evidente che il principio giuridico, la *ratio iuris*, su cui una tale successione si fondava, doveva necessariamente essere diversa nel rapporto tra padrone e servo ed in quello ereditario.

Nel rapporto ereditario essa discende come conseguenza inevitabile della posizione dell'erede, che succede *in universum ius defuncti*. Come tale l'erede subentra, rispetto al patrimonio ereditario, ne' rapporti in cui trovavasi il defunto, e subisce quindi, in ordine al possesso, le conseguenze dei *vitia possessionis* dello estinto.

Nelle relazioni invece tra servo e padrone la successione ne' *vitia possessionis*, in generale ammessa da Sabino, doveva poggiare su altri principii.

Innanzi tutto bisogna qui tener distinti gli acquisti fatti dal servo *peculiari nomine* dagli acquisti *ex delicto*.

1) Buhl, O. C. p. 191 attribuisce il responso a Giuliano; a p. 56 lo sospetta rimaneggiato dai compilatori. Lenel Palingenesia vol. I p. 486 num. 856 lo attribuisce a Minicio.

In ordine ai primi è facile rintracciarne la causa. È risaputo che la giurisprudenza romana ammise pacificamente anco per la *possessio* acquistata *peculiari nomine* ciò che valeva, in generale, per l'acquisto dei diritti, attribuendo gli effetti giuridici della stessa alla persona del *dominus*. Questa era una pura conseguenza della condizione dei servi nella *familia* e della natura giuridica del *peculium*, che è sufficiente qui appena accennare.

È noto altresì, che in questa direzione la giurisprudenza dell'impero fece un passo più in là, ammettendo la usucapione corresse, per tali acquisti, in favore del *dominus* anco a sua insaputa; — fr. 8, 47 D. 41-3. Ma tale effetto è riportato dai giuristi a semplici ragioni d'utilità: fr. 1 § 5 D. 41-2 Sabino et Cassio et Iuliano *placuit*; fr. 44 § 1 D. eod. (Papiniano): *utilitatis causa iure singulari receptum*. Ma comunque queste norme fossero derivate, certa cosa è che in esse noi troviamo scolpito il concetto del diritto romano; il quale, per gli acquisti del possesso fatti dai servi *peculiari nomine*, riunisce in una e compenetra la personatità naturale del servo e quella giuridica del *dominus*, di maniera che quella data specie di possesso, chiamata in vita per fatto del servo, si trasfonde senz'altro, e riflette le corrispondenti conseguenze giuridiche sulla persona del padrone. Quanto possiedono i servi a tal titolo, appare così posseduto dai padroni: *nos possidere videmur*; Gaio II 89. Inst. § 3, II, IX.

La motivazione Sabiniana: *quia possessio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret* — più volte ripetuta, non è dubbio che calza a proposito per questo genere di acquisti, e noi ne troviamo nelle fonti frequenti applicazioni: cfr. fr. 2 §§ 10, 11, 13 D. 41-4.

Tutt'altro è a dire, invece, per quelli acquisti derivati *ex maleficio*. Essi restano un puro fatto nelle mani del servo e non pervengono al *dominus*.

Il contrapposto anzi tra essi e gli acquisti fatti *peculiari nomine* è nettamente rilevato, su' questo proposito, da Giavoleno l. XIV epistolarum:

fr. 24 D: 41-2

.... quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causa adprehendit.

Questo era un principio fermo, fuori ogni controversia; e se

Giavoleno lo presenta in una forma piuttosto accentuata, e se si vuole anco logicamente stentata, ciò devesi unicamente alla natura dell'opera da cui il fr. deriva. È risaputo infatti quanto interessante, e per noi spesse volte curiosa, fosse in Roma la letteratura in forma epistolare, dove sempre bisogna tener conto del grado di cultura della persona cui la lettera era diretta.

Or se la *iniusta possessio* acquistata dal servo resta un puro fatto nelle sue mani, essa non può riflettere conseguenze giuridiche di sorta sulla persona del padrone, e ciò necessariamente finchè questi ignora il fatto dell'acquisto, o, pur sapendolo, non vuol avere per se la cosa.

Quid iuris però nel caso che il *dominus* successivamente pervenisse immediatamente — *animo et corpore* — o mediatamente — *animo solo* — nel possesso della cosa stessa? Sarà questo possesso *ipso iure* vizioso, quale era presso il servo? Qui sta il nodo ultimo, come a me pare, della divergenza tra Sabino e Giuliano.

Sabino risponde, anco qui, affermativamente; la motivazione del fr. 4 § 16, più volte citata, é generale; vale non solo per gli acquisti peculiari, ma anche per quelli che hanno a base un delitto; anzi, va appena notato, essa è addirittura applicata ad un caso d'acquisto *ex maleficio* (*furtum*).

Per questo punto dunque Sabino e Cassio non trovavano differenza alcuna tra acquisti peculiari e delittuosi, ne' rapporti tra servo e padrone. L'unica differenza, generalmente ammessa, riguardava il *momento* dell'acquisto, in quanto solo per i peculiari si imputava *etiam ignoranti*. Ma dato l'acquisto da parte del *dominus*, per la mediazione del servo, la conseguenza era una: al padrone si attribuiva giuridicamente quello stato di possesso che era di fatto presso il servo: in altri termini e più propriamente: la natura della *possessio* del padrone veniva determinata, in ogni caso, dalla *causa* d'acquisto del servo.

E le ragioni che muovevano i detti giuristi a venire a tale conseguenza sono, a mio modo di vedere, anche evidenti.

Bisogna ricordarsi che già ancora la giurisprudenza imperiale e principalmente i Sabiniani ¹⁾ riguardavano la causa d'ac-

¹⁾ Conf. invece d'altri — Riccobono — La teoria del possesso — Archivio Giuridico, Vol. 50, principalmente p. 276 e seg.

acquisto del possesso — *causa possessionis* — come decisiva non solo per la determinazione della natura del possesso, ma anche, ciò che importa di più, per l'esistenza del rapporto possessorio in se. Per questa teoria — che noi oggi diciamo obbiettiva — la questione, se un dato atto di apprensione venisse a costituire o pur no un rapporto possessorio, pendeva tutta dalla *causa possessionis*.

Or tra servi e padroni non poteva ammettersi un atto di trasmissione, giuridicamente efficace, che formasse il sustrato di una nuova *causa possessionis*; e di conseguenza, quel possesso, pervenuto al *dominus* per la mediazione del servo, portava immanente la causa d'acquisto iniziale. Anco per questo caso dunque era adatta la motivazione: quia possessio, quam servus vitiose nactus sit, domino noceret.

In altri termini, quella che io chiamo impropriamente successione nei *vitia possessionis* del servo, era per Sabino una conseguenza del notissimo principio, formulato già in proverbio dall'antica giurisprudenza: *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*.

Nella *familia* romana avvi una sola personalità giuridica, quella del *dominus*; i *servi* sono unicamente strumenti d'acquisto, per quanto coscienti; fra essi e il padrone non può venire ad esistenza un nuovo atto che valga a mutare la primiera *causa possessionis*, ciò che è possibile solo per il fatto d' un terzo ¹⁾ fr. 19 § 1 D. 41-2 (Marcello); fr. 33 § 1 D. 41-3 (Giuliano); fr. 2 § 1 D. 41-5 (Giuliano). Come si vede, la decisione della nostra specie, riferita nel fr. 4 § 16 cit. da Paolo, poggia su principii basilari del diritto romano. Ma di fronte a queste logiche conseguenze, ammesse dai Sabiniani, insorge Giuliano. Dopo le considerazioni fatte il rapporto fra le due opposte decisioni ap-

1) Fitting nell'Archiv f. die Civ. Praxis, vol. 51 (1868) « Ueber das Wesen des Titels bei der Ersitzung » p. 30 e seg. riconosceva già che per Sabino l'ostacolo fondamentale consistesse nell'impossibilità d'ammettersi un negozio giuridico tra padrone e servo, come sustrato della *possessio b. f.* del *dominus*. Come si vede dal testo, io ritengo, in sostanza, ciò giusto; ma riconosco altresì che la dimostrazione del Fitting, tutt'altro che esauriente, anzi superficiale, aveva giustificate le diverse opposizioni degli scrittori; come p. es. del Göppert. (Organische Erzeugnisse p. 207 nota 39.)

pare chiaro. I capi Sabiniani ritengono che per necessità giuridica la *causa* d'acquisto del possesso del servo s'infuturi nella persona del *dominus*, e che per conseguenza l'acquisto *ex maleficio* deva nuocere anco al *dominus*. Giuliano, d'altra parte, nega, almeno in dati casi, una tale conseguenza, e si sforza mettere in evidenza la *causa* immanente d'acquisto da parte del *dominus*, per determinare la natura di questo nuovo possesso, e quindi la possibilità dell'usucapione.

Ammesso in tesi, che anco fra servo e padrone potesse in certo qual modo intervenire un negozio, che formasse la causa efficiente di una nuova *possessio*, tutto il resto era questione di costruzione. In particolare per il nostro caso. Giuliano non può non riconoscere che tra servi e padroni non si possa, a rigore, parlare di negozi giuridici ¹⁾, ma, d'altra parte, sente che il riconoscimento della personalità naturale del servo, cui i bisogni sociali e la vita quotidiana annettevano ogni giorno sempre più importanza, non poteva rimanere del tutto ignorata nella vita del diritto. Il principio che il servo fosse pel diritto una *res*, uno strumento d'azione, per quanto privilegiato, come i *muli*, *asini*, e gli altri esseri della serie, non poteva essere applicato con tutte le sue conseguenze. Indirettamente quindi, si pervenne a riconoscere a certi atti compiuti tra padrone e servo determinate conseguenze giuridiche; pur mantenendo fermo il principio cardinale, che mai si potesse indicare correttamente — *non proprie* — un tale atto come negozio giuridico. ²⁾

Del tutto conforme a quest'ordine di idee è l'argomentazione di Giuliano, che tende ad abbattere, nel nostro caso, la contraria decisione dei capi Sabiniani:

hic, dominus quasi emptor partum usucapere potest, namque res ei abest pro hac muliere, et quodammodo venditio inter servum et dominum contracta est.

Il giurista cioè riconosce che nel caso in esame non si possa parlare di una compra vendita. Ostava, in primo luogo, la in-

1) Confr. fr. 32 D. de R. J. - fr. 14 § 3 D. 18, 2

2) Confr. fr. 4 § 1 D. de manumis. 40-1 (Ulp. VI disp.); fr. 11 § 8 D. de institoria act. 14-3 - (Ulp. 28 ad. ed.); fr. 12 eod. (Giul. XI dig.);

capacità giuridica del servo: *servile caput nullum ius habet* —; inoltre poi mancava, almeno per i Proculiani,¹⁾ un elemento essenziale al contratto di vendita, la determinazione del *pretium in numerata pecunia*.

Tuttavia Giuliano sormonta, con la sua geniale costruzione, innanzi accennata, questi ostacoli e perviene a classificare il negozio *in certo modo* come una vendita: *quodammodo venditio*; riconoscendo così il padrone come un *quasi emptor*. Il celebre "*quasi*," l'eccellente empiastro per le costruzioni dei giuristi romani, in virtù del quale essi poterono, assai di frequente e con fine abilità, raggiungere per vie oblique quei fini, che non si potevano con le dirette, pur tenendo fermi e rispettando i principii fondamentali del sistema.

Abbiamo così, nello esame fin qui fatto, felicemente, come credo, rintracciato il rapporto esistente fra la motivazione giulianea e quella di Sabino e Cassio; non che la sede vera della divergenza fra le due opposte decisioni.

Tutto il resto ora, per quel che riguarda la usucapione ammessa da Giuliano nel nostro fr., discende pianamente dalle premesse innanzi chiarite.

La serva è pervenuta nel possesso del padrone *bona fide* ed in forza d'un titolo [*quasi emptor — quodammodo venditio*] efficace per la usucapione. Ma riguardo alla madre la usucapione è esclusa per un impedimento obbiettivo, proveniente già dalle XII tav., la furtività; quale vizio per altro non affetta il parto della stessa, se concepito ed edito presso il b. f. possessor; che può anzi questo essere usucapito *ex eadem causa*, in base cioè, allo stesso titolo per cui si possiede la madre.

Questo principio è ricordato dallo stesso Giuliano nel L. XXXXIV de' suoi digesti.

fr. 33 p. D. de usurp. 41-3 ²⁾ Non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt, idque ratione iuris introductum arbitror: nam ex qua causa quis ancillam,

1) Gaio III. 141. —

2) Confr. fr. 11 § 4 D. de publiciana VI-2 Ulp. XVI ad ed. che si riporta a Giuliano.

usucaperet, nisi lex XII tab. vel Atinia obstaret, *ex ea causa necesse est partum usucapi*, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtivam esse matrem eius ignorabat.

In modo analogo, per quel che qui direttamente c' interessa, lo stesso principio è richiamato da Papiniano, L. XXIII Quaest. fr. 44 § 2 D. eod.

... non nunquam tamen evenit, ut non initium praesentis possessionis, *sed causam antiquiorem traditionis*, quae bonam fidem habuit, inspiciamus, veluti circa partum eius mulieris, quam bona fide coepit possidere *et*.

Ed ora appare evidente lo scopo cui mirava la costruzione giuliana della *quasi emptio*, nel nostro caso.

Al giurista importava creare un titolo abile all' usucapione nel momento dello acquisto della madre, per poter fondare sullo stesso la possibilità della usucapione del parto: *ex ea causa necesse est partum usucapi*. ¹⁾

Questo titolo, è rilevato dallo stesso Giuliano, non era necessario fosse costituito da una compra-vendita, ma era sufficiente qualunque *iusta causa usucapionis* riconosciuta: non solum bonae fidei emptores, sed et omnes qui possident ex ea causa, *eqs.* Cfr. Ulp. XVI ad ed. fr. 11 § 3 de publiciana VI, 2.

Interdum tamen, *licet furtiva mater distracta non sit*, sed donata ignorant mihi, et apud me conceperit et peperit, competit mihi in partu publiciana, ut Iulianus ait, *eqs.*

E si comprenderà agevolmente perchè i giuristi hanno cura di rilevare qui specialmente le diverse *causae* abili all' usucapione; se si ammette, da una parte, ciò che è stato notato da molti, che i presupposti della usucapione si modellarono, per opera della giurisprudenza, su quelli dell' editto publiciano; e, d'altra parte, quanto di recente ha dimostrato con fine analisi de'

¹⁾ Le espressioni usate da Giuliano nel fr. 33 p. cit. inducono a ritenere che tale principio fosse generalmente ammesso a suo tempo: *idque ratione iuris introductum arbitror*; doveva essere poi necessariamente seguito da Sabino e Cassio che escludevano la usucapione del parto per il vizio d'acquisto della madre. Tuttavia noi troviamo in Paolo la costruzione d'un titolo indipendente — *pro suo* — come base dello acquisto de' parti delle serve, frutti etc.. fr. 2 D. *pro suo* 41. X. Confr. Fitting, l. c. p. 32; Bonfante, *iustae causae usucapionis* (estratto) p. 79 e seg. ma vedi anche Pernice, op. cit. p. 391 e segg.

testi e con argomentazione forte e stringente il Perozzi, cioè che l'editto publiciano non fu proposto e trasfuso nell'editto perpetuo in quella forma come venne a noi tramandato nel fr. 1 p. D. VI, 2 dai compilatori, ¹⁾ ma sibbene in altra più semplice, in cui solo una *emptio bona fide* si richiedeva. ²⁾

La decisione di Giuliano nella specie esaminata non fu seguita generalmente dai giuristi posteriori.

Ciò emerge chiaro, soprattutto, dal fatto che Paolo, ne' suoi comentari all'editto, accenna esplicitamente alla controversia — *de illo quaeritur.... non putant* — ed approva la contraria opinione di Sabino e Cassio: *et hoc verum est*; ³⁾ laddove, inoltre, è risaputo che in materia di usucapione dei parti delle serve furtive appaiono ancora ne' digesti rilevanti divergenze fra i giu-

1) Su ciò del resto non è dubbio alcuno — cfr. Lenel, Ed. Perp. § 59 n. 11, e Beiträge z. K. d. prät. Ed. 1878 p. 31.

2) Perozzi, l'Editto publiciano, in questo Bullettino vol. VII, p. 45. Io trovo nella dimostrazione dell'illustre Prof. di Parma agevolmente superati ostacoli che offrivano i testi in questa materia e finora disperati. Ma confr. contro Pernice, Labeo, 2 edizione. vol. II p. 340 e seg. e p. 342 n. 6. Porio inoltre opinione che la questione dibattuta fra le due scuole di Roma, ed oggi ancora non del tutto definita, cfr. Windscheid, Pand. § 177 n. I — Dernburg, Pand. vol. I § 220, n. 33 — Fadda, Lezioni p. 293 e seg. cioè se per la compra-vendita si richiedesse la *bona fides* nel momento della conclusione del contratto, come assumevano i Proculiani, o al momento della tradizione, secondo i Sabiniani, fosse stata mossa dai primi, in base alla forma dell'editto. Essa fu però certamente risolta dalla giurisprudenza classica conforme alle vedute dei Sabiniani — fr. 10 p. D. 41-3 (Ulp. XVI ad ed.) *et optinuit Sabini et Cusii sententia*, e ciò forse anche per l'autorità del sommo Giuliano; cfr. fr. 7 § 17 D. VI. 2. Che se in questo ultimo fr. estratto pure dal l. XVI ad ed. di Ulpiano, si conchiude richiedendosi la *bona fides* anco nel momento del contratto, ciò deve essere unicamente ai compilatori. Fra altri argomenti, ciò appare evidente per la forma bizantina « *nec quisquam putet* » da confrontare con l'altra analoga « *nec enim quisquam iudex... audiet* » del fr. 33 D. 23, 3 — (per quest'ultimo fr. cfr. Bullettino, vol. VII, p. 263) — rilevata già dal Grupe « Zur Latinität Iustinians » Zeitschrift der Sav. Stift. für R. G. vol. XV, p. 327 e seg. n. VIII. Non è senza importanza poi notare che la chiusa del fr. è dallo IENSIUS, — *ad romani iuris pandectas et codicem stricturae*, 2 ediz. p. 42 — riportata in appoggio della sua famosa tesi, che cioè le pandette ed il codice, a noi pervenuti, siano una traduzione dal greco.

3) fr. 4 § 16 cit. confr. anche il § 17 eod. Difficile è connettere con i citati §§ il § 18 susseguente, che ammette, data la *bona fides* del possessore, la usucapione. Molti scrittori — vedi per es. Hubero Z. Dissertationes iuridicae etc. pars II, p. 374 — unendo i tre § in un contesto, tentarono risolvere l'antinomia nelle nostri fonti. Per me, invece, è evidente che i compilatori amputarono buona parte del testo genuino fra i §§ 17 e 18, di modo che il contenuto di quest'ultimo non ha alcuna riferenza a quel che ora precede nel testo. Infatti è sufficiente osservare che nel § 18 si parla di un *emptor*, di cui non è cenno nei §§ precedenti.

reconsulti classici. ¹⁾ Tuttavia nella compilazione giustiniana fu certamente preferita l'opinione di Giuliano, come è oggi riconosciuto.

Agli argomenti comunemente addotti dagli scrittori, si può ora efficacemente aggiungere quello che risulta da questo esame, che cioè la decisione di Sabino e Cassio fu dai commissari *data opera* eliminata nei fr. 9, 10 D. 41-4, e solo per svista accolta nel fr. 4 § 16 cit. cioè nel corpo di un lungo estratto.

*
* *

fr. 10 (47-7)

Si *gemina arbor* esset et supra terram iunctura eius emineret, una arbor videtur esse. sed si id qua iungeretur non extaret, totidem arbores sunt, quot species earum supra terram essent.

I. È evidente, come fu già osservato dal Cuiacio ²⁾ e dal Lenel, ³⁾ che questo fr. si riferiva alla disposizione delle XII tav. ricordata da Plinio: ⁴⁾

cantum est XII tab., ut qui iniuria cecidisset alienas arbores lueret in singulas aeris XXV.

Nell'applicazione di questa disposizione poteva sorgere un dubbio, nel caso che si fosse *iniuria* tagliata nel fondo altrui una *gemina arbor*. Doveva considerarsi tale albero per uno o due individui? Ciò era *a priori* rilevante, in riguardo all'ammontare della pena comminata dalla legge *in singulas arbores* ⁵⁾.

In se è facile supporre che alcuni giuristi romani avessero ritenuto la *gemina arbor* per un solo individuo, e ciò per la considerazione, decisiva secondo gl'insegnamenti della filosofia stoica, che ricevendo la *gemina arbor* l'alimentazione da unica radice doveva potersi considerare sempre come un corpus quod uno spiritu continetur, quindi come un solo individuo. ⁶⁾ Va appena notato poi, che una tale decisione sarebbe stata anco dal punto di vi-

¹⁾ Confr. per es. Papiniano l. 23 *quaest* fr. 44 § 2 D. 41-3.

²⁾ Opera, vol. VI p. 497.

³⁾ Palingenesia vol. I c. 436.

⁴⁾ N. H. 17, 1, 7 confr. Gaio IV § 11.

⁵⁾ Invece per l'actio praetoria « arborum furtim caesarum » era ciò, in certo modo, indifferente essendo la stessa diretta al « *quanti ea res erit* » Cfr. Lenel, Ed. Perp. § 139.

⁶⁾ fr. 30 p. D. 41-3.

sta tecnico irreprensibile, perchè la geminazione, ovunque essa si manifesti, è sostanzialmente una ramificazione, e questa, come è elementare, non costituisce giammai sdoppiamento della individualità. Ma il nostro testo porta tuttavia una distinzione che si basa su altro ordine di idee. In esso è detto che allorquando la geminazione appare sopra la terra, si ha un solo albero; laddove, al contrario, se ciò avviene sotto terra, cioè in un punto apparentemente invisibile, si considerano tanti individui quanti ne appaiono.

Questa distinzione, come vedremo subito, fu annotata da Giuliano alla decisione riferita da Minicio, basata sul concetto della unica individualità. Sostanzialmente essa ha un grande valore ed una base scientifica; poichè se è vero che la geminazione, ovunque si produca, costituisce sempre una ramificazione, tuttavia, nel caso che essa abbia luogo sotto terra, avviene, in alcune specie di piante frequente, che le geminazioni mettano successivamente radici per proprio conto, ricevendo così alimento, oltre che dalla radice comune, da quelle proprie. Allora dagli stessi tecnici la geminazione non è più considerata come una semplice ramificazione, ma piuttosto come sdoppiamento dello individuo. Illustrata da queste considerazioni la nota giuliana appare assai corretta, ed offre, certamente, rilevanti vantaggi pratici, perchè sfugge a possibili contestazioni e alle difficoltà di prove, col richiamo ad uno stato di fatto esteriormente visibile. Essa ha quindi, dal punto di vista giuridico, una incontestabile superiorità sull'altra opinione innanzi accennata.

Gl'indizi poi che nel nostro fr. sia riprodotta soltanto una nota di Giuliano, si ricavano dalla forma; infatti la distinzione ipotetica — *si... sed si* — non è propria dei responsi riferentesi ad un caso pratico ben determinato ne' suoi presupposti, è invece frequente nelle note. Di più, la costruzione diretta del fr. svela la nota di Giuliano, perchè, come si vedrà in seguito, essa si riscontra, in quest'opera, solamente nelle note e responsi di Giuliano, mai nelle decisioni *riferite* da Minicio.

II. Che fra i giureconsulti romani vi sia stato un dissenso relativamente al modo di considerare la *gemma arbor* è stato da me asserito nelle pagine precedenti, con un certo fondamento di

probabilità. Certo, una prova diretta di quest'asserzione si cercherebbe invano, negli scritti dei romani giuristi; ma fortunatamente ne' digesti appare divergenza d'opinioni in una questione molto affine, la quale può chiarire e sorregger validamente il mio assunto.

È noto come sia giuridicamente importante il fatto che l'albero abbia messe radici sul suolo; da ciò è determinata la pertinenza dell'albero, che forma un tutto col suolo ove *radices egerit*. ¹⁾ Conseguentemente, se si ha un'*arbor in confinio nata* essa è comune ai due fondi limitrofi. ²⁾ Ma che avviene nel caso che l'albero abbia il tronco su di un fondo e protenda le sue radici su quello del vicino?

Gaio, che segue certamente l'opinione più antica, enuncia, anco in questo caso, la comunione dell'albero, e ciò come semplice conseguenza del fatto che esso ha immesse radici ne' due fondi: *rationem enim non permittere, ut alterius arbor intellegatur, quam cuius in fundum radices agisset. et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est*. ³⁾

Ma la decisione contraria la ritroviamo noi negli scritti del suo contemporaneo Pomponio, il quale, nell'identico caso, attribuisce intera la pertinenza dell'albero al fondo ove emerge il suo tronco:.... *si radicibus vicini arbor aletur, tamen eius est, in cuius fundo origo eius fuerit*. ⁴⁾

La divergenza fra le due decisioni è evidente, come è già riconosciuto dal Windscheid ⁵⁾ e da altri scrittori. ⁶⁾

Per noi è importante rilevare che, anche qui, laddove un'opinione, riferita da Gaio, osserva solamente la posizione delle radici, basando su tale criterio la decisione; l'altra, seguita da Pomponio, si appiglia, come a criterio decisivo all'*origo supra terram*,

1) Iust. § 31, II-1; fr. 7 § 2 D. 41-1.

2) fr. 19 p. D. 10-3; fr. 83 D. 17-2.

3) Iust. § 31 in f. II, 1; — fr. 7 § 13 in fine D. 41-1, Gaio II res cott.

4) Fr. 6 § 2 D. 47-7, Pomp. XX ad Sab.

5) Pand. § 188 n. 7.

6) Ortolan-Explication historique des Instituts de l' emp. Iust. vol. II § 398; altri scrittori v. in Vangerow, Pand. § 329 n. 2 — Il Vangerow nega che le due leggi citate siano contrarie, e costruisce diversi casi affatto arbitrariamente,

ed accentua (*tamen*), che l'albero è *pars fundi* in cui origina il tronco.

E con quest'ultima opinione collima perfettamente l'ordine di idee che abbiano rilevato nella nota giulianea del nostro fr., la quale, come appare ora più chiaramente, introduceva una distinzione non conosciuta, almeno dallo insegnamento tradizionale.

La decisione di Pomponio si può illustrare con quelle stesse considerazioni fatte a proposito della nota di Giuliano; anche essa è determinata da vantaggi pratici, i quali consigliano, relativamente alla pertinenza dell'albero, a tener semplicemente conto di ciò che appare al disopra della terra. Infatti, è praticamente assurdo, e dà luogo a gravi difficoltà, l'ammettere la comunione di un albero sol perchè protende parte delle radici sul fondo del vicino. Basta considerare che tale comunione dovrebbe equamente essere proporzionale alla immissione delle radici ne' due fondi.

Tecnicamente poi, anche qui, alla decisione di Pomponio debbesi rivendicare l'onore di meritare la preferenza, quantunque sia stata ritenuta dal Windscheid addirittura "illogica",¹⁾ dappoichè va notato che la vitalità dell' albero è mediata più dagli organi esteriori che dalle radici; le funzioni di nutrizione e respirazione sono mediate principalmente dalle foglie; e se l'albero nasce ed eleva i suoi rami su di un unico fondo, come nel caso fatto da Gaio e Pomponio, non vi ha ragione di ammettere la comunione dello stesso, sol perchè protende anche le sue radici sul fondo del vicino, cioè a dire, per il concorso insignificante che quest'ultimo appresta alla vitalità dell'albero. E vi ha ancora di più; ammettendosi la pertinenza esclusiva dell'albero al fondo ove ne emerge il tronco, non è perciò stesso leso il diritto del vicino, con l'imposizione di una servitù incomoda, dacchè questi può, in ogni caso, proibire l'invasione della sua proprietà, agendo con una azione negatoria: *non esse ei ius immissum habere*, come ricorda Pomponio nella stessa legge.

La decisione di Pomponio, dunque, anzichè illogica merita la preferenza sull'altra riportata da Gaio; e se pur non fosse a noi tramandata dai giuristi romani, dovrebbe nel diritto moder-

1) O. C. I. c.

no accogliere come più pratica. Essa è codificata nel diritto italiano, arg. art. 566 e 582 C. C.

**

fr. 11 § 15 D. 19-1 — Ulpianus 32 ad edictum.

Denique [*Iulianus*] libro decimo ¹⁾ apud Minicium ait, si quis servum ea condicione vendiderit, ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid praestaretur, et emptor hoc fieri intra diem non desideraverit, ita demum non teneri venditorem, si ignorans alienum vendidit: tunc enim in hoc fieri, ²⁾ ut per ipsum et per heredem eius emptorem habere liceret: qui autem alienum sciens vendidit, dolo, inquit, non caret et ideo empti iudicio tenebitur.

I. Ulpiano riporta qui certamente il contenuto di una nota di Giuliano al relativo testo di Minicio. Anco in questa relazione si è conservata la forma caratteristica delle note:

ita demum non teneri.... si ignorans.... qui autem.... sciens.... tenebitur.

cioè, la solita distinzione del giurista annotatore, più volte riscontrata in quest'opera stessa, con la quale viene a limitarsi la decisione riferita nel testo. Simili distinzioni contenute nelle note, in generale, non indicano, necessariamente, una divergenza d'opinioni fra i giuristi sulla questione di diritto. Spesso sono semplici delucidazioni, per fissar meglio i presupposti di fatto della decisione.

L'indagine se, in questo caso speciale, la nota giuliana fosse stata determinata da un diverso apprezzamento giuridico circa la portata della clausola *de non praestanda evictione*, sarebbe assai importante, ma non è, nello stesso tempo, possibile esaurirla in in questo scritto.

A prima vista, si potrebbe essere indotti a credere che la distinzione da Giuliano apposta al testo di Minicio, risponda rigorosamente ai principii fondamentali del sistema romano, circa la responsabilità incondizionata per il dolo, malgrado qualunque convenzione. Ciò è giusto certamente se noi guardiamo il d. r.

¹⁾ Così la Florentina: altri codici portano V. Confr. avanti-Bullettino. Vol. VII. p. 226

²⁾ *teneri*, Cuiacio, Opera, vol. VI p. 510 e altrove.

nel momento ultimo del suo sviluppo, come è da noi conosciuto; o, per lo meno, se concentriamo la osservazione per il nostro quesito, sulle testimonianze del periodo classico avanzato. Ma se usciamo da questi limiti, una più attenta osservazione di alcuni fr. ci può, perlomeno, insinuare seri dubbi sul riconoscimento assoluto di tale principio, da parte dei giuristi anteriori all'epoca adrianea.

In questo scritto io debbo contentarmi di pochi accenni, i quali tendono più che a risolvere a mettere in campo la questione.

II. È noto che nella vendita di cose, di qualche importanza, per esempio di schiavi, quando non fosse fatta *mancipatio*, era consuetudine in Roma che il venditore prestasse garanzia per il caso di evizione. ¹⁾

Tale consuetudine *assidua*, come dicono i giuristi, divenne in seguito un elemento naturale del contratto di vendita; di modo che il venditore, sempre che l'altra parte lo richiedesse, si ritenne obbligato a prestarla, e nel caso vi si sottraesse trovava luogo l'*actio empti*. ²⁾ La *duplae stipulatio*, la promessa cioè del doppio del prezzo che il venditore si obbligava a pagare nel caso di evizione della cosa, era la forma ordinaria di garanzia. Nel caso riferito da Ulpiano, il venditore intendeva prestare la garanzia usuale, ma con una limitazione: *ut intra triginta dies duplam promitteret, postea ne quid praestaretur*.

Il termine trascorse, senza che il compratore si fosse presentato a richiedere la *stipulatio*, e dopo gli venne evitto il servo. La questione si aggira sul punto di sapere, se possa darsi tuttavia qualche caso in cui il venditore sia obbligato per la evizione. Per rispondere a ciò non è sufficiente fermarsi sul senso delle parole apposte come clausola del contratto; *postea ne quid praestaretur*: con le quali il venditore declinava ogni responsabilità trascorsi i 30 giorni; ma è d'uopo, piuttosto indagare se fu dal diritto romano consentita piena efficacia giuridica, in ogni caso, al patto de *non praestanda evictione*, espresso puramente o sotto condizione, in un contratto di vendita.

1) Varro R. R. II. 10, 5; fr. 57 p. § 1 D. de evict. 21, 2; c. 14 Cod. 4-49.

2) fr. 31 § 20 D. de aedil. ed. 21, 1 (Ulp. l. I ad ed. aed. cur.)

III. E prima di tutto, si è discusso vivacemente e qualche volta anche acutamente sulla responsabilità del venditore per il prezzo della cosa evitta, malgrado il p. de non p. e. ¹⁾ Causa di tanto dibattito è stato il malaugurato § 18 della nostra legge stessa. ²⁾ Notevole è, e ciò va notato espressamente, che la risposta affermativa è data, come pare, dal solo *Giuliano* ³⁾ fra i giuristi romani. Ulpiano che la riferisce la combatte certamente ⁴⁾. Trifonino, in una elegante disputazione, deturpata in parte dai compilatori ⁵⁾ e dimenticata dagli scrittori della materia, ⁶⁾

1) Confr. Glück, *Erläuterung der Pandekten*, Theil 20, de evict. et d. stip. p. 296 e seg. Arndts-Serafini-Trattato delle Pandette vol. II § 303 n. 7. — Vangerow-Pandekt. vol. III. § 610 n. 4.

2) Il paragrafo è in sommo grado ambiguo sulla fine. La limpidezza ulpiana è stata certamente qui intorbidata dalla mano de' compilatori, forse per amore di brevità. Certo il ragionamento attribuito a Giuliano non fa onore al grande giurista, a supporlo anco sonnecchiante, o dubbioso come vorrebbe il Vangerow l. c. La forma poi dà a ridire parecchio; *hanc... conventionem* e subito dopo il plurale: *omnes superscriptas conventiones*, ripetuto in fine: *sed in superscriptis conventionibus* in modo più ambiguo: *nisi forte... nisi forte... tunc enim*.

3) Malgrado i vizii del fr., rilevati nella nota antecedente, non vi ha ragione di dubitare che la sostanza sia veramente di Giuliano.

4) Questo è il punto più controverso, e ciò perchè è dubbio a che si riferiscano le parole « *sed in superscriptis conventionibus contra erit dicendum* » per le ragioni esposte nella nota 2. Tuttavia l'opinione espressa nel testo si ricava dall'insieme. Cfr. Windscheid-Pand. § 391 n. 38 — Maynz Cours de droit romain, vol. II p. 220 n. 50; Non ammettevano invece opposizione da parte di Ulpiano; Cuiacio, opéra, vol. VII p. 1211. Donello Opera, vol. X p. 1334 ad t. de evict. et duplae stip. — Senza alcun valore sono per questa l. i Basilioi « L. 5 § 3 (19-8), Heimbach II p. 283.

5) fr. 12 § 1 D. 20-5. Trifonino VIII disput. Una vera deturpazione sono le parole inserite dai compilatori: *sed quantum quidem ad creditorem, debitor liberatur: quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emptorem post evictionem ipse debitor utili actione tenetur, ne ex aliena iactura lucrum sibi adquirat* » le quali eliminate il fr. scorre limpido e chiaro. Sui motivi dell'interpolazione non è luogo qui a discutere, basta solamente accennare che l'*actio utilis* che qui si assicura al proprietario della cosa o, indifferentemente, al compratore è pura invenzione de' compilatori non del diritto classico. In questo senso quindi bisogna rettificare le discussioni che si son fatte sul proposito, qualche volta poco lusinghiere pel giureconsulto Trifonino — Confr. specialmente Witte, *Die Bereicherungs-Klagen* (1859) p. 330 — Cogliolo, Trattato della gestione altrui. p. 298. Pacchioni, Gestione degli affari altrui p. 158 e seg. che ha osservato del resto (p. 166) che il fr. non è del tutto regolare. Ferrini — Appunti sulla neg. gestio, Bullettino, vol. VII p. 110. Per la forma osserva: *sed quantum quidem ad, quantum vero ad... si necdum pignus (!) lucrum adquirat*.

6) Confr. altri fr. in proposito in Vangerow-Pand. vol. III § 610, n. 4 p. 322; e principalmente il fr. 68 p. D. de evict. 21-2 (Papiniano XI respons).

presuppone senz'altro la decisione negativa; cosicchè dall'insieme è dato arguire che il tentativo di Giuliano, di ammettere l'obbligo del venditore a restituire il prezzo, andò fallito. Questa opinione è divenuta nel corso di questo secolo la dominante.¹⁾

IV. Al contrario, gli scrittori, senza alcuna eccezione, ammettono pacificamente la responsabilità del venditore, malgrado il p. de n. p. e., nel caso si potesse provare che egli conosceva l'alienità della cosa, nel caso cioè fosse in dolo²⁾. Invero nelle nostre fonti questo principio non trovasi mai contraddetto; ed è anzi del tutto consono allo spirito del d. r.

Sarebbe però una conclusione anche affrettata, se si volesse perciò stesso dire che la giurisprudenza romana, della repubblica come dell'impero, riconobbe tale principio anche rispetto al patto di non rispondere per l'evizione.

Contro di ciò anzi si può osservare:

a) Che tutte le testimonianze delle fonti in proposito non sono anteriori all'epoca adrianea, ed in specie a Giuliano.

Così Pomponio nel l *IX ad Sabinum*,³⁾ fr. 6 § 9 D. 19-1 Scevola (*quaest.*) fr. 69 § 5 D. 21-2; Ulpiano, il quale riporta ripetutamente la massima a Giuliano: fr. 11 § 15, *denique l. X apud Minicium ait....* § 16 *sententiam Iuliani verissimam esse arbitror in pignoribus quoque....* § 18.... *tunc enim secundum supra a nobis relatum Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo fecit.*

b) Di più, è notevole che in un responso Serviano, che tratta una specie analoga a quella riferita nella nostra legge da

1) Confr. gli scrittori citati nelle note antecedenti. Invece, fra gli scrittori antichi si ebbero strenui difensori dell'opinione di Giuliano. Vedi p. es. *Averanio*, *Interpretationum iuris l. IV. C. XII § 17*, il quale dice che sostenere il contrario: *tam falsum id est quam solem non tucere*. La massima accolta nel d. comune, conf. Bartolo ad h. l. § si autem; Mühlenbruch *Pand. nach der doctrina pand.* vol. II § 397, passò nel Cod. Francese e in quelli degli stati italiani. Così anche art. 1485 Cod. civ. ital.

2) Confr. Vangerow *Pand.* vol. III §. 610 n. 4 p. 322. — Arndts - Serafini. *Pandette* Vol. II § 303 n. 7.

3) Che i libri *ad Sabinum* di Pomponio siano anteriori ai *digesta* di Giuliano. — Krüger, *Geschichte der Q.* p. 166; Lenel, *Paligenesia* vol. II c. 86 n. 6 — non osta per nulla a quanto io voglio qui assumere, cioè che l'autorità di Giuliano valse a portare a generale riconoscimento la massima in discorso.

Ulpiano, la decisione è puramente per la irresponsabilità completa del venditore, ed il giurista lo argomenta semplicemente dalla *lex contractus*; una responsabilità *contrattuale*, in opposizione ai *verba* della convenzione, per il fatto del dolo, vi è implicitamente esclusa. fr. 40 p. D. de C. E. 18-1 Alfeni dig. a Paulo epit. IV. Qui fundum vendebat, in lege ita dixerat, ut emptor in diebus XXX proximis fundum metiretur et de modo renuntiaret, et si ante eam diem non renuntiasset, *ut venditoris fides soluta esset*: emptor intra diem mensurae quo minorem modum esse credidit renuntiavit et pecuniam pro eo accepit: postea eum fundum vendidit et cum ipse emptori suo admetiretur, multo minorem modum agri quam putaverat invenit: quaerebat, an id quod minor is esset consequi a suo venditore posset. respondit interesse, *quemadmodum lex diceretur*: nam si ita dictum esset *et*.

c) Un valore indiscutibile, infino, ha un altro argomento, che si può trarre da un ben noto fr. di Ulpiano. Questo giurista, nel fr. 23 D. de R. I. (29. ad Sab.), annoverata in succinto la responsabilità che è insita naturalmente ne' diversi contratti, continua: sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (*legem enim contractus dedit*), *excepto eo, quod Celsus PUTAT non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur.*

Or la maniera di scrivere di Ulpiano:

Celsus *putat*... *et ita utimur*, induce ragionevolmente a credere che ne' tempi anteriori a Celso anche la convenzione di non rispondere per il dolo avesse, come qualunque altra, la sua efficacia. Che se si ammette questo, cioè a dire che la responsabilità per il dolo poteva essere *espressamente* esclusa dalle parti, a *fortiori* è d'uopo riconoscere che il patto — *ne evictionis nomine teneretur* escludesse per sè, *virtualmente*, qualunque responsabilità, anche per il dolo. È risaputo, infatti, che, di frequente, certe convenzioni o condizioni non possono nel d. r. ingiungersi in dati negozi giuridici *espressamente*, sotto pena, qualche volta, della nullità dell'atto stesso: quantunque quel dato contenuto di volontà possa *virtualmente* dalle parti volersi e realizzarsi: locchè viene espres-

so col noto aforisma: *expressa nocent, non expressa non nocent* ¹⁾, di cui si ha fra le altre una applicazione nel fr. 27 § 3 D. de pactis II 14 (Paolo III ad ed.) *Illud nulla pactione effici potest ne dolus praestetur, quamvis si quis paciscatur ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit.*

In mancanza dunque di prove dirette, gli argomenti suesposti possono, come dicevo, indurci, per lo meno, a dubitare che di fronte al *p. de n. p. e.* fosse stata dalla giurisprudenza del I. secolo dell'impero ritenuta, in ogni caso, la responsabilità *contrattuale* per la malafede del venditore. Di conseguenza, è possibile che nella nota giuliana, riferita da Ulpiano nel fr. 11 § 15 in esame, fosse fatta valere da Giuliano un'interpretazione ristrettiva della clausola suddetta, nel senso che mai si dovesse ritenere esclusa la responsabilità per il dolo del venditore, laddove il giurista rispondente l'aveva ritenuta pienamente efficace, anche di fronte al dolo. Certa cosa è, che Giuliano relativamente alla considerazione del dolo, in specie nel contratto di vendita, ²⁾ ci appare, in diverse direzioni, pervenire risoluto alle ultime conseguenze. Non solo egli insiste e porta, con la sua autorità, a generale riconoscimento la massima or ora detta; ma di più, quantunque con risultato meno felice, egli sostiene che la convenzione comunque espressa di non rispondere per l'evizione non liberi il venditore dall'obbligo di restituire il prezzo — *etsi aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestitum iri* — ³⁾ e procedendo su questa via perviene a scuotere una delle massime fondamentali del diritto romano, secondo cui il venditore non è obbligato, di fronte al compratore, che a garentire lo *habere licere rem*; e rispondere se non ha trasferita la proprietà, *tantum evictionis nomine*. ⁴⁾ Giuliano limita anco questo principio, secondo apprendiamo dal suo discepolo Africano, ⁵⁾ al solo caso in cui il venditore si trovi

1) fr. 195 D. de R. I. fr. 52 D. 35-1.

2) Conf. anche Pernice-Labeo, vol. II, 2 ediz. p. 179 e seg.

3) fr. 11 § 18 cit.

4) Fr. 11 § 2 D. de act. e. et v. 19-1.

5) Fr. 30 § 1 D. eod. Afric. 8 *quaest.* Confr. Eck Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums (1874) p. 25 e seg.

in buona fede, ammettendo del resto nel caso sapesse di vendere una cosa altrui la sua responsabilità con l'*actio empti*, anche prima che il compratore avesse sofferta evizione: *si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit* cet. Tutte queste decisioni sono dominate da un unico concetto; che un contratto di buona fede, qual'è la vendita, non può soffrire una convenzione che porterebbe conseguenze inique; e che *in ogni caso*, il venditore *dolum malum* abesse praestare debet. 1)

Tali idee non potevano nel diritto romano classico pretendere un illimitato e generale riconoscimento, specialmente nelle singole applicazioni. Poichè, l'eredità ancor fresca del tempo repubblicano, ricca di un considerevole numero di formole, clausole e regole aventi un significato ed una portata già determinata è fissa, doveva far sentire ancora, per quanto in misura sempre più lieve, il suo dominio. Un completo trionfo dovevano esse riportare nel diritto moderno, che libero di pastoie trova unicamente nella natura intima degli istituti le norme regolatrici, e dalla stessa trae i più sani criteri d'interpretazione.

§ 3

RESPONSI DI GIULIANO

Nel § precedente abbiamo passate in rassegna le note da Giuliano aggiunte all'opera di Minicio. Dal considerevole numero delle stesse è lecito fin d'ora concludere che l'attività di Giuliano, nella pubblicazione di quest'opera, fu principalmente quella di annotare i responsi in essa contenuti.

Tuttavia non è *a priori* escluso che Giuliano avesse arricchita la pubblicazione con responsi propri, intercalati ne' luoghi opportuni. Altre opere annotate da varî giuristi, nelle quali appare evidentemente non poco materiale nuovo aggiunto dal commentatore, confortano bene una tale ipotesi. Nella nostra credo si possano con certezza rivendicare a Giuliano almeno tre frammenti, che riportano due responsi ed una quaestio.

1) Confr. fr. 11 § 15, 18; fr. 30 § 1 cit. 19-1

**

fr. 18 (8-5).

Is, cuius familia vicinum prohibebat aquam ducere, sui potestatem non faciebat, ne secum agi posset: quaerit actor, quid sibi faciendum esset, respondi: oportere praetorem causa cognita iubere bona adversarii possideri et non ante inde discedere, quam is actori ius aquae ducendae constituisset ¹⁾ et si quid, quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cepisset, veluti si prata arboresve exaruisset ²⁾....

Il Lenel ³⁾ attribuisce il responso a Minicio, sebbene con qualche dubbio. Più probabile sembra a me riferirlo a Giuliano, e ciò per diversi argomenti di sostanza e di forma.

Il responso contenuto nel nostro fr. presenta, non bisogna dissimularlo, delle difficoltà non lievi.

Innanzitutto, sorprende il fatto che trattandosi di un caso di *latitatio*, in cui cioè l'avversario *dolo malo copiam, potestatem sui non facit* ⁴⁾ per sottrarsi alla *in ius vocatio*, il giurista rinvii l'attore a chiedere la *missio in bona adversarii* semplicemente senza accennare, anzi escludendo implicitamente, la successiva *bonorum venditio*. ⁵⁾ Di più, per ottenere tale rimedio troviamo nel responso richiesta una *causae cognitio*, laddove è noto che in tali casi non ha mai luogo una cognizione preventiva da parte del pretore, che, invece, accorda, su semplice richiesta della parte, la *missio in bona*, salvo a spiegar questa la sua efficacia, in quanto esistevano realmente per il provvedimento i presupposti editali. Si aggiunga che una cognizione da parte del magistrato, in contraddittorio con la parte avversa, che si sottrae appunto allà *in ius vocatio*, è resa già, nella specie, impossibile. La soluzione di queste difficoltà può esser data, in parte, dall'esame storico dei fr. che si riferiscono alla nostra materia.

1) Meglio Haloander: *restituisset*. Cfr. fr. 8 § 4 D. 85: per sententiam non debet servitus constitui, sed quae est declarari. plane si non utendo amisit dolo malo domini aedium post litem contestatam, *restitui ei oportet cet.* Fr. 35 D. 8-3.

2) Mommsen: *exaruisent, restituisset*.

3) Palingenesia, *Juliani* n. 879.

4) Cfr. fr. 36 D. de rebus auctoritate iud. poss. seu vend. 42-5 (Ulp. 45 ad Sab.) fr. 2 § 1 D. quibus ex causis in p. e. 42-4 (Ulp. 5 ad ed.)

5) Fr. 6 § 1 D. 42-4 (Paolo 57 ad ed.); fr. 7 §§ 1, 2 eod. (Ulp. 59 ad ed.)

II. Nel nostro fr. trattasi evidentemente, come è stato riconosciuto sin dal Cuiacio ¹⁾, di un' *actio in rem*. Non è dubbio che il procedimento, in caso di *latitatio* dell' avversario, fosse, per queste azioni, identico a quello delle *actiones in personam* ²⁾. Ancoper esse aveva luogo la *missio in bona*, cui seguiva la *bonorum venditio* ³⁾, come ne fa testimonianza la lex Rubria C. XXII v. 32 e segg.; e per la *hereditatis petitio* Cicerone; in Verrem II, 15 e seg.. Ma se ciò poteva essere teoricamente indubitato, nella pratica la *missio in bona*, nel caso che il convenuto si sottraesse ad un' *actio in rem*, diretta ad una cosa singola, doveva essere affatto fuor d'uso. Ciò è provato dal fatto che, ne' commentarî dei giuristi romani all' editto, noi troviamo esclusivamente applicazioni di tale procedimento per le *actiones in personam* ⁴⁾. E ciò ben a ragione; poichè, avendo l'attore facoltà di convenire in giudizio qualunque possessore o detentore della cosa, e potendo nel caso di rifiuto, ottenere la *translatio possessionis*, arrivava egli più direttamente allo scopo, evitando cioè una serie di atti ed un procedimento incomodo. Gli esempi nelle fonti sono frequenti. ⁵⁾ Il giurista che diede il nostro responso tuttavia, rinvia l'attore a chiedere la *missio in bona*, come un mezzo semplicemente coattivo: *et non ante inde discedere, quam is aitori iusaque ducendae constituisset cet.*

È assai probabile che tale responso non sia anteriore all'epoca Adrianea, e che si debba, come dissi, a Giuliano.

1) Opera vol. VI p. 503; Dernburg, Ueber die emptio bonorum. — Ein rechtshistorischer Versuch — (1850), p. 90; Bethmann Hollweg, Der römische Civilprozess (2. ediz. 1865) vol. II p. 567. La Glossa ad. h. l., invece lo riferiva ad un' *actio in personam*.

2) Gaio III 78, 79.

3) Bethmann Hollweg. O. c. vol. II p. 567. — Zimmern-Geschichte des röm. Privatrechts. (1829) vol. III p. 210 n. 3.

4) Conf. fr. citati da Lenel, Das E. P. § 204, 205.

5) Vaticana fr. 92 (Ulpiano); fr. 20 § 1 D. de interrogationibus etc. XI-I (Paolo II. quaest.); fr. 45 D. de aqua ed aquae p. a. XXXIX-2 (Scevola XII quaest.) fr. 15 D. de o. n. n. XXXIX-1 (Africano IX quaest.); fr. 7 § 17 D. quibus ex causis etc. 42-4 (Ulpiano 59 ad ed.); C. unica, Ut possidetis VIII-VI (Diocletianus et Maximianus a. 294); C. 8, quomodo et quando index etc. VII-43 (Diocletianus et Maximianus a. 290), e su questa C. Hellmann, Missio in possessionem p. 248 (estratto); Ulpiano Instit. (frag. Vindobonensis) IV. Cfr. Bethmann Hollweg O. c. vol. II p. 570.

Infatti noi troviamo agitata la questione sulla possibilità dalle *missio in bona* per le *actiones in rem*, in caso di *latitatio* appunto in questo periodo, da Nerazio e Celso contemporanei del nostro Giuliano, e membri tutti del *Consilium Hadriani*. Ulpiano, nel l. 59 del suo commento allo editto fa un' ampia relazione della questione.

fr. 7 § 16 D. 42-4.

Item videamus, si quis adversus in rem actionem *latitet*, an bona eius possideri venumque dari possint. extat *Neratii* sententia existimantis bona esse vendenda: et hoc rescripto Hadriani continetur, quo iure utimur. — § 17 Celsus autem Sexto respondit, si fundum, quem petere volo, Titius possideat neque absens defendatur, *commodius* so *existimare in fundi possessionem mittendum quam bona eius possideri*.

Appare da questa relazione evidente, che la *missio in possessionem* semplice è consigliata da Celso come un rimedio più comodo — *commodius* — da preferirsi, in ogni caso, alla espropriazione dei beni.

Nella specie presentata a Celso, è vero, si trattava di un caso di assenza e non di latitanza; ma per me non è dubbio che la dottrina di Celso, ispirata da motivi di pratica utilità e data poi la efficacia del rimedio, dovesse includere anco il caso della latitanza. Ciò è espressamente negato dal seguito del fr., in cui sembra Ulpiano voglia rilevare la differenza de' due casi. In verità però l'osservazione che segue non è di Ulpiano, ma piuttosto deve attribuirsi a qualche glossatore, che si manifesta già nella forma:

hoc (e meglio *hic* secondo il correttore ordinario della Fiorentina) adnotandum est Celsum consultum non de latitante sed de absente.

Se lo scrittore voleva con queste parole osservare che nel caso di latitanza Celso avrebbe, in modo conforme a Nerazio, consigliato la *missio in bona*, ciò è apertamente smentito dal § seguente del fr, da cui per mezzo dello stesso Ulpiano apprendiamo:

§ 18. Idem Celsus existimat, si is, a quo hereditatem petere velim, LATITAT, *commodissime fieri posse, ut in possessionem mittar rerum, quas pro herede vel pro possessore possidet*: sed si dolo

fecit, quominus possideret, *bona eius possidenda et vendenda sunt*.

Il concetto di Celso emerge limpido dai due paragrafi; tanto se si tratti di azione per cosa singola, quanto nel caso di *hereditatis petitio*, in generale dunque per le azioni reali, egli suggerisce come un procedimento più spedito: *commodius, commodissime la missio in possessionem* della cosa in questione, relativamente delle cose ereditarie, senza distinzione alcuna, del resto, fra il caso di assenza o di latitanza. Il rimedio più rigoroso della *missio in bona* va per Celso riservato a casi più gravi; es. se il possessore *dolo malo fecit quominus possideret*. Quest'insegnamento fu anche confermato da un rescritto di Antonino Pio, a cui accenna Ulpiano nel § 19 dello stesso fr. Ciò premesso, è facile ora determinare qual posto competa al responso contenuto nella nostra legge 18, nella divergenza d'opinioni fra Nerazio e Celso. In esso è seguita in sostanza l'opinione più mite di Celso, in quanto la *missio in p.* è data solamente qual mezzo efficace per esercitare una pressione, ed indurre il latitante a miglior consiglio: *et non ante inde discedere, quam is actori ius aquae ducendae constitueret cet.* ¹⁾

È opinione dominante oggi, e per essa sono i migliori scrittori della materia, ²⁾ che la *missio in singulas res* nel procedimento esecutivo appare, al posto della *missio in bona* generale, nel tempo Adrianeo; in cui, s'è visto, ne fu uno dei principali sostenitori, se non il primo, il giureconsulto Celso. Or la decisione della nostra legge 18 non può appartenere ad un tempo più antico, e facilmente quindi essa deve riportarsi a Giuliano, il quale, nella specie in esame, adottò quel rimedio più mite, distaccandosi, come vedremo, del tutto dalla rigorosa opinione di Nerazio.

III Relativamente alla *causae cognitio* richiesta dalla nostra legge per la *missio in possessionem*, le opinioni degli scrittori sono

¹⁾ Analogamente nel caso di assenza, di fronte allo *Interdictum de homine libero exhibendo*; conf. fr. 3 § 14 D. 43, 29 (Ulp. 71 ad ed.).

²⁾ Zimmern o. c. vol. III p. 267, 240 n. 3 e segg. Keller *Der römische Civilprozess* (6. ediz.) p. 436 n. 46. Invece Bethmann Hollweg, o. c. vol. II, p. 571 credeva poter conciliare le diverse decisioni delle fonti riferendo la *missio in bona* generale al caso della *latitatio*; ai casi meno gravi la *missio in singulas res*. Ma è evidente che il nostro fr. 18, citato dal B. per la sua tesi nella nota 70, esclude implicitamente la *venditio bonorum*, sebbene si tratti di latitanza; e d'altra parte che Celso, come s'è visto, non fa distinzione tra latitanza e assenza.

pur divise. Il Bethmann Hollweg¹⁾ dice semplicemente che in essa si tratta di un *caso eccezionale*, che trova riscontro nei fr. 7 § 11; fr. 8 D. 42-4. Il motivo di tale eccezione non è però indicato dal B., laddove i casi analoghi, che egli cita, come quelli che non hanno con la nostra legge alcuna attinenza, non danno, per il responso in esame, nessun chiarimento. Infatti nella l. 7 § 11 cit. è richiesta ragionevolmente la *causae cognitio*, perchè trattasi della vendita de' beni di un furioso: *si urgeat aes alienum et dilatio damnum sit allatura creditoribus*; in questo caso non trova luogo la disposizione edittale contro i latitanti, ma, come è rilevato in seguito, nello stesso fr., si provvede dal magistrato nei modi analoghi escogitati per il pupillo.²⁾ Lo stesso è a dire pel fr. 8 eod. citato dal B., in cui trattasi di una eredità, lasciata per lungo tempo giacente e che, onerata di debiti, è incerto se mai sarà adita.

Il Dernburg³⁾ dà un'altra spiegazione, che mi pare certamente ancor meno attendibile di quella or ora esaminata. Egli crede che nel caso contemplato dalla nostra legge vi sia stata una condanna⁴⁾ in cognizione straordinaria ed in contumacia del convenuto. Il pretore avrebbe restituita la servitù *aquae ducendae* e l'avversario disubbidirebbe al magistrato, perseverando nel suo contegno incivile. Ma di tutto ciò non è affatto cenno alcuno nel nostro fr.; ed è evidente che il Dernburg legge nel testo più di quanto esso in verità contiene.⁵⁾

Secondo me la *causae cognitio*, eccezionalmente richiesta nella nostra legge, ha per iscopo di mettere in grado il pretore di valutare la misura dei danni derivati al titolare della servitù per l'impedimento dell'acqua. Per obbligare l'avversario alla restituzione della servitù, sarebbe stato sufficiente che il possesso del

1) o. c. vol. II p. 562 n. 23.

2) Cfr. fr. 6 § 1 D. 42-4 - fr. 7 § 9 eod. Keller o. c. p. 437 n. 50.

3) o. c. p. 82.

4) Tecnicamente — *pronuntiatio* — cfr. fr. 75 D. V-1.

5) Il Dernburg, o. c. p. 124 n. 27 vuol sorreggere la sua opinione col confronto dei fr. 35 D. 42-5 (Marciano l. sing. ad formul. hyp.); ma una superficiale lettura di questo fr. mostra chiaramente che la *cognitio* è in esso l'ordinario svolgimento del processo *dopo* la missio in possessionem; che nel caso anzi è facile sia avvenuto in contraddittorio della parte avversaria, come si può dedurre dal tempo dei verbi — *afuit*,

fondo servente si fosse trasferito all'attore. Ma il giurista, pur accogliendo astrattamente tale procedimento più agevole, dubitò forse della sua efficacia nella specie in esame, in cui la ragione all'indennizzo per la privazione dell'acqua poteva risultare dai dati di fatto, esposti nel consulto dall'attore, in misura rilevante.¹⁾ In tal caso, se il fondo servente avesse avuto un valore poco considerevole, la *missio in poss. fundi* sarebbe stata una magra garanzia, e la *causae cognitio* doveva appunto mettere il pretore in grado di conoscere se l'interesse della cosa non esigesse la *missio in bona*.²⁾

Ma da tutto l'anzidetto appare che il nostro giurista, in sostanza, è alieno, come Celso, per questo caso di latitanza dal consigliare la *missio in bona* per la susseguente *venditio*, come abbiamo visto pensava ancora Nerazio. Stando dunque allo sviluppo storico di tali mezzi di esecuzione,³⁾ non si può attribuire il fr. 18 ad un giurista vissuto prima del tempo Adrianeo; ma piuttosto a Giuliano. Questo risultato sarà in seguito confortato con altri argomenti formali, dei quali, per ora, fo notare il verbo in prima persona "*respondi* „ che si riferisce, in quest'opera, come vedremo, sempre a Giuliano.

1) Nel responso, infatti, s'insiste su ciò; et si quid, quia aquam ducere prohibitus esset, siccitatibus detrimenti cepisset, veluti si prata arboresque exaruiscent . . . confr. fr. 1 § 23 D. de aqua cott. 43. 20 (Ulp. 70 ad ed.)

2) Più tardi, nella procedura straordinaria, diviene normale una delibazione della causa prima della *missio in poss.* cfr. C. 2 Cod. ubi in rem actio etc. III. 19. (imp. Constantinus a. 331): *negotium summam discutens in possessionem rerum actorem mitti non differet*.

3) Il rimedio della *missio in possessionem* semplice lo troviamo di frequente accennato dai giuristi posteriori al periodo Adrianeo: Scevola - XII quaest. fr. 45 D. de damno inf. 39. 2; Papiniano IX quaest. fr. 50 p. D. de peculio 15-1; Ulpiano XII ad ed. fr. 21 § 2 D. ex quibus causis maiores etc. IV. 6... qui non defenduntur, si quidem latenti praetor ex edicto pollicetur in bona eorum (*del. Mommsen*) mittere, ut si res exegerit etiam distrahantur; si vero non latenti, licet non defendantur in bona tantum mitti.

Molto chiaramente poi, con riferimento a Giuliano, è rilevato da Paolo I. 1 ad ed. fr. 19 D. de in ius vocando II. 4: satisve poenae subire eum, si non defendatur et latitet, certum est, quod mittitur adversarius in possessionem bonorum eius. sed si aditum ad se praestet aut ex publico conspiciatur, recte in ius vocari eum *Julianus ait*.

*
**

fr. 39 (24-1)

Vir uxori pecuniam cum donare vellet, permisit ei, ut a debitore suo stipuletur: illa cum id fecisset, priusquam pecuniam auferret, divortium fecit: quaero, utrum vir eam summam petere debeat an (ex ¹⁾) ea promissione propter donationis causam actio nulla esset. respondi inanem fuisse eam stipulationem. sed si promissor mulieri ignorans solvisset, si quidem pecunia extat, vindicare eam debitor potest: sed si actiones suas marito praestare paratus est, doli mali exceptione se tuebatur ideoque maritus hanc pecuniam debitoris nomine vindicando consequetur. sed si pecunia non exstat et mulier locupletior facta est, maritus eam petet: intellegitur enim ex re mariti locupletior facta esse mulier, quoniam debitor doli mali exceptione se tueri potest.

I. Non ha nessuna importanza il fatto che tutti gli scrittori, antichi e moderni, che hanno avuta occasione di discutere questo fr. lo attribuiscono a Giuliano ²⁾; e ciò perchè è omai una consuetudine inveterata riferire il contenuto di un testo, in mancanza di altre indicazioni, al redattore dell'opera, che è indicato nelle iscrizioni dei frammenti.

D'altra parte però non mancano dei critici, e per tutti basta citare il Lenel, ³⁾ che lo rivendicano a Minicio. Per risolvere questo dubbio, che ha poi molta importanza sostanziale in sè, è utile prender le mosse dall'esame del contenuto della legge stessa, il che ci offrirà occasione di rivedere altri testi riferentisi all'argomento.

È fatto il caso di una donazione fra coniugi, per mezzo di persona interposta. Il marito ha delegato il debitore a promettere alla moglie la somma dovuta. Tale stipulazione vien dichiarata dal giurista rispondente *inanis*, conformemente ai principj vigenti in Roma per le donazioni fra coniugi: *generaliter tenendum est, quod inter ipsos aut qui ad eos pertinent aut per interpositas personas donationis causa agatur, non valere.* ⁴⁾

1) Mommsen ad. h. l.

2) Vedi p. es. Savigny System. vol. IV p. 590 n. c.

3) Palingenesia, Iuliani n. 871.

4) Fr. 5 § 2 D. h. t. confr. § 3 cod.; Paolo R. S. II 23 § 3.

Nulla essendo la delegazione e la relativa promessa, i rapporti obligatorî restano immutati fra il delegante ed il debitore delegato; e conseguentemente se questi, ignorando la causa della delegazione, paga alla donna, tale pagamento non ha efficacia solutoria per il suo debito esistente verso il marito. Egli potrà quindi rivendicare il denaro, che si trovasse ancora individualmente esistente; perchè con la tradizione fatta alla donna non ne ha trasferita la proprietà. Ma questa decisione, conforme ai principii del diritto rigoroso, è però in parte iniqua; dappoichè, se è vero che il debitore non poteva conseguire in forza del pagamento fatto alla donna la liberazione, è d'altra parte pur certo che egli esegui un ordine del creditore; ed in virtù di tale esecuzione aveva ragionevole motivo a sperare lo scioglimento dai suoi obblighi. In considerazione di ciò il giurista soggiunge, per salvare il debitore da successive cure e molestie, che egli può, a sua difesa, invocare dal pretore la *exceptio doli* di fronte al delegante, qualora sia pronto a cedergli le sue azioni. Che se poi il denaro non esistesse più individualmente presso la donna, allora, in ogni caso potrà il debitore opporre al marito la *exceptio doli*, salvo a questi il diritto di ripetere per via di *condictio* quel tanto di cui la donna è fatta *locupletior*. ¹⁾

In tal modo il debitore otterrà, se non *iure civili*, per la tuzione del pretore, la liberazione del suo debito, ²⁾ e quella iniquità, di sopra accennata, viene, almeno praticamente, evitata.

II. Ma se questa soluzione ci appare certamente giusta, vagliata alla stregua dei principii speciali vigenti in Roma per le donazioni fra coniugi, non è con ciò provato se essa fosse poi del tutto necessaria, o se, piuttosto, lo stesso risultato non si fosse potuto conseguire più direttamente ammettendo, da una parte, la liberazione *ipso iure* del debitore, in forza del suo pagamento fatto in persona della moglie; e concedendo, d'altro lato, una *condictio* al marito per ritogliere alla moglie quanto questa avesse ricevuto per causa della donazione, o, più precisamente, quel tanto di cui si fosse arricchita.

1) Fr. 5 § 18 D. 24-1.

2) Conf. fr. 66, fr. 112 D. de R. I.

Possiamo per ora sorvolare su questa questione, che riprenderemo a suo tempo; ma, innanzi tutto, interessa vedere se Giuliano si attenne, nella decisione di casi analoghi al nostro, al sistema che troviamo applicato nel fr. 39. Il materiale di confronto fortunatamente non ci manca nemmeno qui.

La decisione contenuta nella l. 38 § 1 D. *de solut. et lib.* 46 3 - per la perfetta analogia sostanziale e formale, che essa ha con la nostra l. 39, merita senza dubbio il primo posto.

Africanus l. VII quaest.

Si debitorem meum iusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucratur: alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris et ideo liberationem quidem ipso iure non posse contingere debitori, exceptione tamen ei succurri aequum esse, si paratus sit condictionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi praestare: sicuti servatur, cum maritus uxori donaturus debitorem suum iubeat solvere: nam ibi quoque, quia nummi mulieris non fiunt, debitorem non liberari, sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si condictionem, quam adversus mulierem habet mihi praestet. [et magis simile esse, quod, cum possessor hereditatis existimans se heredem esse solverit, heres non liberetur: tunc enim propterea id evenire, quod ille suo nomine indebitam pecuniam dando repetitionem eius haberet.] ¹⁾ furti tamen actionem in proposito mihi [post divortium ²⁾] competituram, quando mea intersit interceptos nummos non esse.

1) Le pandette florentine riportano il brano [et magis . . . haberet] nel § 2 del fr. Esso deve però intercalarsi nel posto qui assegnato, come ha giustamente avvertito il Mommsen, ad h. l. ed il Leuel, Palingenesia vol. I c. 21 nota 3. Le ragioni che consigliano tale spostamento sono, innanzi tutto, sostanziali, come appare chiaro dal nesso che anco quest'ultimo caso ha con gli altri precedenti, specialmente col primo: nesso che si rispecchia pur nella forma con cui i due casi analogici sono dal giurista aggiunti: *sicuti servatur . . . et magis simile esse . . .*

2) Le parole *post divortium* sono da ritenersi un glossema, come ben vide il Fabro; *Coniecturae* l. III C. XIX «*ineptoque interpreti tribuenda*»; seguito dal Savigny, *System* • vol. IV p. 533 n. c., il quale, del resto, le ritiene inserite dai compilatori. Mommsen ad h. l. consiglia invece di aggiungere le parole «*adversus Titium*»; ma ciò non ha senso alcuno, perchè nel primo caso «*si debitorem . . .*», non trattasi affatto di matrimonio.

Intanto è indubitato che la decisione contenuta in questo fr. appartenga a Giuliano, a cui si riferisce — *existimavit* — Africano, come di solito ne' libri *quaestionum*. ¹⁾ Ulpiano — 32 *ad Sab.* — riporta per lo stesso caso identica decisione, e anche egli invoca l' autorità di Giuliano.

fr. 5 §§ 4, 5 D. 24-1.

Si debitor viri pecuniam iussu mariti uxori promiserit, nihil agitur. Si uxor viri creditori donationis causa promiserit et fideiussorem dederit, neque virum liberari neque mulierem obligari vel fideiussorem eius *Iulianus ait*, perindeque haberi ac si nihil promisisset.

Il principio che domina tutte queste decisioni è evidentemente lo stesso: cioè, la prestazione fatta dal debitore, delegato a scopo di donazione da un coniuge all'altro, è sempre nulla, sia che abbia per contenuto una stipulazione o direttamente il pagamento del debito. ²⁾

Di conseguenza, in tutti i casi, siffatta prestazione non può avere effetto solutorio *ipso iure* per il debitore, ma può soltanto esser fatta valere in via di *exceptio*, qualora il debitore sia pronto a cedere le sue azioni al coniuge delegante. Ma tale risultato è in parte sorprendente, perchè in diretta opposizione con il sistema, di regola, dal diritto romano seguito in materia di prestazioni fatte per via di delegazione.

È noto infatti che pel diritto romano la delegazione di un vero debitore ad un presunto creditore ³⁾ o ad un donatario, ⁴⁾

¹⁾ Buhl, Zeitschrift der Sav. Stiftung, vol. II p. 194 e seg. — Conf. anche, Salvius Iulianus vol. I pag. 78 e seg.

²⁾ Il Savigny — System vol. IV p. 592 e segg. seguito da molti, credeva invece dovesse distinguersi il caso della delegazione a *solvere*, da quello a *promittere*. Egli considera quindi il fr. 38 § 1 D. 46-3 in opposizione alle idee di Giuliano, il quale, come Celso, avrebbe attribuito al *constitutum possessorium* maggiore efficacia che Africano. L'errore del Savigny è però evidente, e per ora basta notare che esso ha origine nel fatto, che il Savigny, come sembra, ignorò che le *quaestiones* di Africano contengono per lo più decisioni di Giuliano, cosa del resto già nota a Doroteo ed ai glossatori — cfr. Krüger Geschichte der Quellen etc. p. 177 n. 26 e p. 361 — nonchè al Cuiacio — Ad Africanum opp. vol. I p. 1289.

³⁾ fr. 1 § 11 D. 44 - 5.

⁴⁾ fr. 21 § 1 D. 39 - 5.

o viceversa quella di un presunto debitore ¹⁾ o donante ²⁾ ad un vero creditore è sempre ritenuta come efficace. In tali casi quindi è sempre negata al delegato, di fronte al delegatario, l'eccezione che egli avrebbe potuto opporre al delegante, come d'altra parte è riconosciuto sempre valido, per gli effetti liberatori, il pagamento fatto dal vero debitore in persona del designato.³⁾

La inefficacia invece della delegazione fu dal d. r. ritenuta in due casi; allorquando *nessuna* delle possibili obbligazioni vecchie fosse valida, ⁴⁾ o se la delegazione fosse fatta, in base ad una obbligazione paralizzabile con una eccezione, a solo scopo di donazione. ⁵⁾

Ed è certamente conforme alla ragion giuridica che sia in questa *ultima ipotesi* la *causa* lucrativa equiparata a quella invalida o inesistente, perchè qui si fa valere il concetto che, chi, avendone la capacità, vuol donare ad altri deve farlo con esclusivo sacrificio del proprio avere, ed il presunto debitore delegato a compiere con la sua prestazione la donazione deve potere senz'altro opporre al nuovo creditore tutte le eccezioni, che poteva opporre al delegante.

In tal modo, sempre che fra le parti agenti nella delegazione esistesse almeno un rapporto in regola, e con fondamento in una

1) fr. 1 § 10 D. 44 - 5; fr. 12 D. 46 - 2; fr. 13 D. eod.; fr. 19 D. 46 - 2; fr. 4 § 20 D. 44 - 4; fr. 9 § 1 D. 12 - 4; fr. 78 § 5 D. 23 - 3.

2) fr. 21 p. D. 39 - 5; fr. 41 D. 42 - 1; fr. 33 § 3 D. 39 - 5; fr. 33 D. 46 - 2; fr. 5 § 5 D. 44 - 4.

3) F. 1 §§ 10, 11 D. 44 - 5; fr. 21 § 1 D. 39 - 5 e fr. citati nelle note precedenti.

4) Fr. 2 § 4 D. 39-5, *Julianus* 60 dig. — fr. 7 § 1 D. 44-4 *Ulpianus* 76 ad ed.; fr. 8 § 40. 16-1.

5) Fr. 2 § 3 D. 39-5 — fr. 7 p. D. 44-4. — In generale gli scrittori limitano l'eccezione al caso in cui entrambe le *causae* della delegazione siano viziate; così il Windscheid, *Pandekt.* § 355 n. 9; Pernice, *Labeo* vol. II Abth. 1 ediz. 2 p. 252; Ascoli, *Bullettino* vol. VI p. 207. — Ma io credo che le espressioni di cui si servono i citati scrittori siano per lo meno inesatte; infatti si può avere una delegazione di un presunto debitore a scopo di costituzione di dote, oppure a scopo unicamente di donazione; la delegazione è efficace nel primo caso, inefficace nel secondo, quantunque in entrambi i casi non esista che un' unica obbligazione eccezionabile a fondamento della nuova. La diversa decisione dunque dipende tutta dall' esistenza, nel secondo caso, di una causa lucrativa che dovrebbe essere soddisfatta con la delegazione, laddove nel primo si ha una causa onerosa.

causa onerosa ¹⁾ il diritto romano riconobbe efficace la nuova obbligazione fra delegato e delegatario. ²⁾ Tale sistema era evidentemente consigliato da vantaggi pratici rilevanti, perchè allora il pagamento fatto dal delegato veniva ad ogni modo a conseguire uno scopo, nella maggior parte de' casi veniva ad avere un effetto solutorio per quell'unica obbligazione valida. Il ristabilimento dell'equilibrio economico fra le parti tutte si raggiungeva così più direttamente e con maggior semplicità, accordandosi, in ogni caso, una sola *condictio* a quella delle parti, il cui rapporto interno fosse stato viziato o addirittura inesistente. ³⁾

Ma, come dicevo innanzi, questo sistema non si riscontra seguito nelle decisioni dei fr. 39 D. 24-1 e 38 § 1 D. 46-3 — perchè in esse, quantunque vi sia ne' rapporti fra delegante e delegato un'obbligazione valida, è dichiarata tuttavia, contro la regola generale, nulla la nuova obbligazione ed inefficace il pagamento per la liberazione del debitore. Di conseguenza, per ristabilire l'equilibrio economico non è sufficiente una sola *condictio*, ma bisogna ricorrere ad una serie di atti giuridici. Questo trattamento singolare ed incomodo deve ben avere la sua ragione.

III. Innanzi tutto è necessario esaminare se le nostre fonti ci offrano altre decisioni analoghe, in casi in cui la delegazione non abbia per scopo una donazione fra coniugi.

Per quel che ho potuto vedere ve ne ha infatti un'altra ne' digesti, la quale, per di più, è attribuita allo stesso Giuliano.

fr. 7 p. D. 12-4 Iul. XVI dig.

Qui se debere pecuniam mulieri putabat, iussu eius dotis nomine promisit sponso et solvit: nuptiae deinde non intercesserunt: quaesitum est, utrum ipse potest repetere eam pecuniam qui dedisset, an mulier. Nerva, Atilicinus responderunt, quoniam

¹⁾ Naturalmente se entrambi i rapporti sono in regola, non osta per nulla che abbiano una causa lucrativa; fr. 2 § 2 D. 39-5.

²⁾ Confr. in parte: Windscheid Die indirekte Vermögensleistung-Festgabe der Leipziger Juristen Fakultät für Dr. Iuris O. Müller (1852) — ed indipendentemente dalla dimostrazione del sommo Maestro, anche Ascoli, sulla legge Cincia, in questo Bullettino, vol. VI p. 202 e seg. Conf. ora anche Wendt, Das allgemeine Anweisungsrecht. (1895) p. 62, p. 194 e segg.

³⁾ Fr. 1 § 10 D. 44-5; fr. 12 D. 46-2; fr. 13 eod.; fr. 9 § 1 D. 12-4; fr. 78 § 5 D. 23-3; fr. 5 § 5 D. 44-4.

putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset, ipsum repetiturum. sed si, cum sciret se nihil mulieri debere, promisisset, mulieris esse actionem, quoniam pecunia ad eam pertineret. [*si autem vere debitor fuisset et ante nuptias solvisset et nuptiae secutae non fuissent, ipse possit condicere, causa debiti integra mulieri ad hoc solum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei condicticia actione.*]

Questa legge apparve già a Bartolo assai difficile, ed è stata sin dalla Glossa obbietto di discussioni.

In essa troviamo distinti tre casi,

1) Un presunto debitore fu delegato dalla donna a promettere *dotis nomine* la somma allo sposo, e soddisfece in seguito la sua obbligazione. Presupposto che il matrimonio non sia avvenuto, si chiede se il presunto debitore o la donna debba ripetere la somma dal delegatario. Giuliano riporta il responso di Nerva e Atilicino, che approva completamente, secondo cui il diritto a ripetere la somma è dato al presunto debitore. Questa decisione è del tutto conforme ai principii del diritto romano, innanzi accennati; perchè anche qui noi troviamo che le basi della nuova obbligazione sono, in definitivo, viziate, inesistenti; e poco importa poi se il vizio dell' obbligazione fra la donna ed il presunto debitore sia iniziale, laddove ne' rapporti fra delegante e delegatario la *causa* della prestazione sia venuta meno in seguito, per il non avvenuto matrimonio; perchè: *nihil refert, utrumne ab initio sine causa quid datum sit an causa, propter quam datum sit, secuta non sit.* ¹⁾

Come effetto si ha che la prestazione fatta, in base alla nuova obbligazione, non venne a conseguire scopo alcuno, ed è giusto perciò che la sia immediatamente repetibile dallo stesso presunto debitore. Notevole poi è che tale risultato ci si presenta come il più vantaggioso anco praticamente, in quanto con una sola *condictio* si perviene così a ristabilire fra le parti tutte l'equilibrio economico; e questo fatto è già per se sufficiente per provare che il responso è conforme al principio generale dal diritto romano adottato in questa materia.

1) Fr. 4 D. 12-7 Africano VIII. quaest.

Ma tutte le difficoltà, che hanno sempre preoccupato gli scrittori, derivano dalla motivazione che è pur da Giuliano riportata ai giuristi suddetti, e che apparve già alla *Glossa* una *mala ratio*. La mia interpretazione del responso però la illustra e chiarisce completamente, salvandola da quell' accusa. Infatti a giustificare che il diritto a ripetere la prestazione è riserbato nella specie, al presunto debitore, si dice: *quoniam putasset quidem debere pecuniam, sed exceptione doli mali tueri se potuisset*: ma con ciò è espresso chiaramente, come a me pare, il seguente concetto: la nuova obbligazione del debitore, non essendo avvenuto il matrimonio, aveva in sostanza *unico* fondamento nella vecchia obbligazione eccezionabile dello stesso verso la donna; quella identica eccezione dunque che il debitore poteva opporre alla donna restò inerente alla nuova obbligazione, e, se questa fu soddisfatta, la prestazione può essere dallo stesso debitore revocata con una *condictio*.

Che se questa mia delucidazione avesse ancora bisogno d'un appoggio, si potrebbero qui opportunamente richiamare altre decisioni dello stesso Giuliano, quali quelle contenute nei §§ 3, 4 del fr. 2 D. 39-5 — riportate da Ulpiano ne' suoi *libri ad ed.* fr. 7 D. 44-4 — in cui appunto troviamo applicato lo stesso ordine di idee; da esse decisioni emerge che la nuova obbligazione verso il delegatario, che verrebbe a ricevere la somma a titolo gratuito o in base ad un presunto credito, può essere infirmata da quella stessa eccezione che il delegato poteva far valere contro il delegante, e ciò sempre per quel principio, più volte ricordato, che per l'efficacia della delegazione si richiede che essa abbia per lo meno fondamento in una causa onerosa, valida. Ma gli scrittori, che ignorarono il sistema seguito dai giuristi romani in materia di delegazioni, sudarono parecchio, con dotte dispute, per chiarire la nostra motivazione. La *exceptio*, di cui in essa è fatta menzione, era bensì da pochi ¹⁾ giustamente riconosciuta per quella eccezione, che il presunto debitore poteva

1) Cuiacio — Opera vol. VI. p. 103; Erxleben, Die conditiones sine causa Vol. I p. 174 e segg.

opporre alla donna; la maggioranza ¹⁾ però la riteneva propria della nuova obbligazione verso lo sposo.

In favore di questa interpretazione si adduceva un argomento apparentemente solido, cioè che la promessa fatta *dotis nomine* dal presunto debitore allo sposo porta insita in sé una *condicio iuris* ²⁾, l'esistenza del matrimonio; e che quindi, finchè questa condizione non sia avvenuta, la obbligazione è eccezionabile ³⁾

Ma è facile osservare che tutta questa argomentazione, riprodotta del resto dai Greci e dagli scrittori tutti ⁴⁾, è affatto fuori luogo; ed invero essa giustificherebbe, tutt'al più, il fatto che essendo mancata la *causa* della prestazione avvenuta, debba competere a qualcuno una *condictio* contro lo sposo, ma non ci dà la ragione perchè nella specie essa debba darsi al debitore e non alla donna; e ciò è decisivo perchè il quesito dal giurista proposto versa precisamente su tale punto. S'immagini per un momento, per riprova della giustezza della mia tesi, che il promittente fosse stato un vero debitore della donna, allora, malgrado fosse venuta meno la causa della promessa, cioè il matrimonio, tuttavia la ripetizione della prestazione fatta spetterebbe senza dubbio alla donna. Ciò dimostra in modo assoluto che nella nostra decisione la *condicio iuris* insita nella promessa data *dotis nomine* non entra in questione: e che sarebbe stata certamente una *mala ratio* se per giustificare il diritto del presunto debitore a ripetere la prestazione si fosse richiamata. A tutto ciò si aggiunga, che quella motivazione non può in modo alcuno riferirsi alla nuova obbligazione verso lo sposo, perchè le parole "*quoniam putasset quidem debere pecuniam* „ sostanzialmente collegate alla menzione dell'*exceptio*, si riportano, evidentemente, all'antica obbligazione che il delegato aveva di fronte alla donna. Non resta adunque di meglio che accettare la spiegazione di sopra data, e dire che la decisione è determinata dalla inefficacia della delegazione, e che la ripetizione spetta al presunto debito-

1) Duareno, in tit. de cond. c. d. c. non s. capo V. p. 899; Fabro, *Rationalia in pand.* ad. h. l.; Glück, *Erläuterung etc.* vol. 25 p. 199 n. 2.

2) Fr. 21 D. 23-3.

3) Fr. 73 D. de V. O.

4) Cirillo, scolio ad l. 7 B. 24-1 (Heimbach vol. III p. 5) — Glück o. c. vol. 25 p. 198 e segg. Erxleben o. c.; Voigt *condictiones ob causam*, specialmente p. 685 e seg.

re, appunto perchè la sua prestazione non raggiunse alcuno scopo, priva come era di ogni fondamento.

2) Nel secondo caso, molto più semplice, è supposto che il presunto debitore avesse promesso la somma allo sposo, sapendo di non essere obbligato verso la donna. In questo caso la delegazione è pienamente efficace, anco se il matrimonio non avvenisse, e ciò perchè la nuova obbligazione ha fondamento in una valida obbligazione del delegato verso il delegante, ¹⁾ omai non più eccezionabile; la *condictio* quindi per ripetere la somma dallo sposo spetta alla donna: *quia pecunia ad eam pertineret*; cónfr. fr. 9 p. D. 12-4 Paulus XVII ad Plaut.

3) Il terzo caso contemplato nella nostra legge è quello che più direttamente c'interessa. È un vero debitore che è stato delegato dalla donna a promettere allo sposo; la decisione dovrebbe essere conforme a quella innanzi riferita, perchè anche qui è vera, anzi a più forte ragione, la motivazione: *quia pecunia ad eam pertineret*. Tuttavia noi troviamo nel fr. una soluzione opposta; cioè, pur essendo valida l'obbligazione del delegato verso il delegante (*vere debitor*), si nega l'efficacia della delegazione, e si concede conseguentemente al debitore il diritto di ripetere la prestazione fatta. Se questa decisione fosse stata data veramente da Giuliano essa ci si presenterebbe, in modo inesplicabile, non solo contraria ai principii più volte ripetuti, ma anco in diretta antinomia con quella immediatamente precedente nel fr. Ma che Giuliano non scrivesse, nè poteva scrivere, quel periodo appare evidente da ogni genere di prove. Esso porta, innanzi tutto, impresse tutte le caratteristiche di stile della cancelleria di Giustiniano; e per di più la decisione che contiene è addirittura scorretta per la tecnica giuridica; infatti il giurista che avesse voluto garentire una *exceptio* al debitore, nel caso che avesse ceduto le sue azioni alla donna, non avrebbe in modo così contraddittorio e puerile sversati i rapporti giuridici delle parti, dicendo: *causa debiti integra mulieri ad hoc solum manente, ut ad nihil aliud debitor compellatur, nisi ut cedat ei condicticia (!) actione*: perchè noi sappiamo che in simili casi tecnicamente e logicamente va concessa al

1) fr. 12 D. 46-2 Paolo 31 ad ed.

debitore soltanto una *facoltà* di poter cedere le sue azioni, la quale cessione lo autorizza poi ad opporre una eccezione alla pretesa del creditore: confr. fr. 39 D. 24-1; 38 § 1 D. 46-3. ¹⁾

L'interpolazione fu del resto rilevata dal Fabro, ²⁾ che riconosceva tuttavia giusta la decisione, ed è ora notata dal Lenel nella Palingenesia. ³⁾ Gli scrittori che la ignorarono si sforzarono inutilmente, con sottili argomentazioni o deboli ipotesi, di ridurre questa decisione in armonia con le altre testimonianze dalle fonti⁴⁾.

Se dunque nel fr. 7 p. D. 12-4 troviamo una decisione attribuita pure a Giuliano, sostanzialmente analoga a quelle dei fr. 39 D. 24-1 e 38, § 1 D. 46-3, per la nostra indagine essa non ha importanza alcuna, e, come un prodotto dei compilatori, possiamo qui completamente ignorarla. Se non che si potrebbe a buon diritto chiedere una spiegazione, come mai i commissarî poterono essere indotti ad inserire nella legge questo nuovo caso con una decisione erronea,

1) Vedi le mie osservazioni nel Circolo Giuridico, vol. 23 p. 305.

2) *Rationalia in pand. ad. h. l.* combattuto, come al solito, dalla maggioranza degli scrittori, vedi Glück o. c. vol. 25 p. 201 n. 76; Schulting, *notae ad pand. ad h. l.* — Interessante è rilevare quali argomenti il Fabro adduce per ritenere la legge interpolata, perchè le osservazioni di quell'acuto critico hanno oggi ricevuto splendida conferma dagli studi recenti; infatti egli attribuisce a Triboniano quel periodo, 1) perchè aggiunge senza alcuna necessità un altro caso, come è abitudine di Triboniano di distinguere *more solito varios casus* 2) per il *possit* invece dell'infinito *posse* (così corregge Haloander) come sarebbe richiesto dal verbo *responderunt* 3) per il *si autem* che dice *familiare* a Triboniano 4) per l'inconcinnità logica di parlare di un pagamento fatto *ante nuptias* quando subito è detto *et nuptiae secutae non fuissent* 5) per la *insulsa verborum multiplicatio*; ed infine 6) per *ablativi illi absoluti*.

3) Palingenesia vol. I p. 363

4) Confr. p. es. Windscheid, *Indirekte Vermögensleistung* cit. — Non mancano invece altri scrittori che trovano perfettamente in regola la decisione in esame, che sarebbe confortata dalla L. 37 D. 23, 3 *Paulus XII ad Sab.* dove è detto che la liberazione del debitore dipende dall'esistenza del matrimonio. Ma questa decisione è perciò senza alcuna importanza nella nostra questione, perchè non sappiamo a quale fattispecie si riferisse; poteva Paolo aver scritto ciò per un caso di costituzione di dote per *acceptilatio* — confr. fr. 43 p. D. 23-3 — ed allora siamo in altro terreno. Ad ogni modo è certo che, nei fri. 36, 38 D. 23-3 (*Ulp. 47 ad Sab.*) la liberazione del debitore delegato dalla donna a promettere la dote, è ammessa in ogni caso, anco se il pagamento è fatto *ante nuptias*, come si rileva dalle parole « *res mulieri perit* ». Il Lenel, Palingenesia vol. I p. 1285, Pauli n. 1842, ricostruisce il fr. 37 di Paolo servendosi del fr. 36 di Ulpiano, ed ammette una opposizione da parte dei giuristi ultimi all'opinione di Sabino, il che a me non pare in alcun modo provato. La divergenza d'opinioni fra Labeone e Giavoleno, attestata dal fr. 80 D. 23, 3 confrontato col fr. 83 cod., riguarda invece tutt'altro.

che per una curiosa coincidenza si trova del tutto conforme ad altre decisioni dello stesso Giuliano. Per rispondere a ciò mi si offrono spontanee due ipotesi. È facile che ciò sia avvenuto per una semplice svista, causata, come al solito, da quella malaugurata fretta nell'esecuzione del lavoro, per cui una decisione di Giuliano, riguardante forse un caso di delegazione del marito alla moglie *donationis causa* — analoga quindi a quelle contenute nelle nostre LL. 39, 38 § 1 — fu adattata ad un caso di promessa di dote, senza avvertirne la differenza; in appoggio di quest'ipotesi è notevole osservare che Giuliano nel L. XVI dig. — dal quale è estratto il fr. 7 cit. — trattava anco *de iure dotium*¹⁾, e nel libro susseguente XVII *de don. inter virum et uxorem*.²⁾

Ma è possibile, d'altrolato, pensare che noi ci troviamo qui di fronte ad una innovazione dai commissari voluta; infatti essi, è omai noto, in materia di delegazione consacrarono di frequente, in altri testi decisioni affatto opposte a quelle contenute ne' libri dei giureconsulti, con lo scopo, non sempre lodevole anco dal punto di vista pratico, di tener vivo il vecchio debito del delegato verso il delegante, non ostante la delegazione.³⁾

IV. Esaurita, con risultato negativo, la prima indagine, se cioè nelle nostre fonti si riscontrassero altre decisioni analoghe a quella contenuta nel fr. 39 (24-1), oltre i casi di delegazione aventi per scopo una donazione fra coniugi, resta ora a vedere se altri giuristi, nel caso identico a quello trattato da Giuliano, ritennero, come questi, inefficace per l'effetto solutorio il pagamento fatto

1) Lenel Paling. vol. I p. 363.

2) Lenel Paling. vol. I p. 366.

3) L'interpolazione in questo senso del fr. 21 § 1 D. 39-5 Celsus 28 dig. è generalmente nota; confr. Lenel, Paling. vol. I pag. 163 n. 9; Windscheid, Indirekte Vermögensleistung, p. 16, 17. Ascoli, in questo Bullettino vol. VI p. 203 e seg. Pel fr. 43 § 1 D. 26, 7 [*quodsi . . . servat*] confr. Gradenwitz, Interpolationen p. 52 e seg. La chiusa del fr. 7 § 1 D. 44-4 Ulp. 76 ad ed., che contiene una approvazione accentuata d'una decisione di Giuliano, è da riferirsi senza dubbio ai compilatori — incerto il Pernice, Labeo vol. 2 Abth. 1 ediz. 2 p. 252 n. 2 — dove, fra altro, è assai strano che Ulpiano per approvare la soluzione di Giuliano faccia ancora parlare il debitore: *et habet haec sententia Iuliani humanitatem* (!), *ut etiam adversus hunc ular exceptione et conditione, cui sum obligatus*. Quest'ultima interpolazione è restata bensì innocua, perchè approva una decisione più che umana giuridicamente giusta, ma è lecito sospettare, in base ad altre analoghe applicazioni fatte dai commissari, che nella loro mente quell'approvazione avesse una portata più generale.

dal debitore, che fosse stato delegato dal marito alla moglie a scopo di donazione.

Come è ben noto, su questo proposito si ha una decisione di Celso figlio, riportata da Ulpiano (32 ad Sab.), e che è ritenuta contraria alle soluzioni giulianee innanzi trascritte.

fr. 3 § 12 D. 24-1

Sed si debitorem suum ei (*sc. uxori*) solvere iusserit, hic quaeritur, an nummi fiant eius debitorque liberetur. et Celsus libro XV dig. scribit videendum esse, ne dici possit et debitorem liberatum et nummos factos mariti, non uxoris: nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum, ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret: nam celeritate coniungendarum inter se actionum unam actionem occultari, ceterum debitorem creditori dare, creditorem uxori. nec novum aut mirum esse quod per alium accipias, te accipere; nam et si is, qui creditoris tui se procuratorem esse simulaverit, a debitore tuo iubente te pecuniam acceperit, et furti actionem te habere constat et ipsam pecuniam tuam esse.

Se i presupposti di fatto in questa decisione di Celso sono identici a quelli del fr. 38 § 1, che è da Africano riferito, è indubitato che fra le due leggi vi ha una antinomia, e che fra Celso e Giuliano nella soluzione del nostro quesito vi fu un dissenso. Poichè, laddove Giuliano ritiene inefficace il pagamento fatto dal debitore, delegato dal marito alla moglie a scopo di donazione, Celso, invece, perviene al risultato opposto, ammettendo la liberazione del debitore, per via di un' argomentazione che avremo tempo di valutare fra breve.

L'antinomia del resto, come dicevo, è riconosciuta dalla maggioranza degli scrittori, ¹⁾ sebbene i tentativi di conciliazione, sui quali è bene intendersi prima di procedere innanzi, non siano, come al solito, mancati.

Il Savigny, ²⁾ col quale è pienamente d'accordo lo Scheurl, ³⁾ credette poter risolvere l'antinomia con un criterio storico; egli

¹⁾ Cfr. Fabro, *Coniecturae* l. III c. XIX — Windscheid, *Pand.* vol. I § 172 n. 16, Ihering, *Jahrbücher für die Dogmatik* etc. vol. II p. 142 e seg.

²⁾ *System*, vol. IV p. 592 (Beilage X)

³⁾ *Ne' Jahrbücher* cit. vol. II, p. 10 e seg.

ritenne che la decisione del fr. 38 § 1 — che attribuisce ad Africano — fosse già antiquata nel periodo adrianeo, in cui Celso e Giuliano, in grazia del più libero svolgimento della teoria del possesso, avrebbero data una opposta decisione, laddove Africano si sarebbe ostinato a non voler riconoscere tanta influenza al *constitutum possessorium*.

L'errore del Savigny è qui evidente, e sul proposito ho detto già abbastanza in altro luogo di questo scritto.¹⁾ Ma, attribuendo egli a Giuliano un'opinione conforme a quella di Celso sulla nostra questione, è costretto a conciliare, d'altra parte, il fr. 39 D. 24-1 di Giuliano col fr. 3 § 12 eod., che va attribuito sostanzialmente a Celso. Pel Savigny non vi ha fra queste due leggi alcuna contraddizione, e ciò perchè nel caso contemplato da Giuliano, nel fr. 39 cit., il debitore " non pagò in forza della delegazione del marito, ma per soddisfare la sua propria obbligazione, che egli ritenne validamente assunta; egli, continua il Savigny, non aveva quindi affatto l'intenzione di trasferire il possesso e la proprietà del denaro al marito, ciò che deve sempre costituire la base di qualunque *const. poss.* „²⁾

Or a provare erroneo questo ragionamento basterebbe già osservare, che Giuliano, come s'è detto, nel fr. 38 § 1 D. 46-3 decide lo stesso caso in modo contrario a Celso, quantunque in esso si riscontrano, come nel fr. 3 § 12 D. 24-1, quei presupposti voluti dal Savigny per ammettersi l'efficacia del *constitutum possessorium*, cioè l'intenzione del debitore di trasferire il possesso e la proprietà del denaro al creditore.

Inoltre poi deve osservarsi che nel caso di una semplice delegazione a *solvere*, come è supposto nel fr. 38 § 1, la decisione di Giuliano, che nega al pagamento fatto dal debitore lo effetto solutorio, appare ancor più rigorosa dell'altra contenuta nel fr. 39 cit. in cui trattasi di una delegazione a *promittere*, e ciò perchè al postutto in quel primo caso si poteva ammettere la liberazione del debitore, che pagò ad un terzo *iussu creditoris*, senza ricorrere

1) Confr. avanti p. 202, nota 2.

2) System vol. IV p. 591 n. a — Così anche Scheurl. l. c. p. 11 e seg. Del resto la conciliazione savigniana è calcata sulle argomentazioni del Fabro. Coniecturae l. III c. XIX.

re al *constitutum possessorium*, precisamente come se allo stesso fosse stato imposto di deporre la somma in luogo aperto o gittarla nel mare, essendo la *solutio*, come lo stesso Giuliano insegna, una *res facti*.¹⁾ Ma se ciò non è ammessp, vuol dire che per il giurista esisteva un ostacolo ben rilevante, che il Savigny non ha veduto, e che si riscontra in modo identico nel fr. 39 cit. Ricorrere quindi, per spiegare quest'ultimo testo, alla *intenzione* del debitore, che pagherebbe unicamente per soddisfare la sua nuova obbligazione supposta valida, è cosa affatto vana.²⁾

Ed infatti, se la direzione della volontà del debitore, nel momento del pagamento, avesse qui una speciale importanza, non sapremmo davvero come spiegare quelle tante decisioni delle nostre fonti, che attribuiscono alla prestazione fatta dal debitore, in virtù di delegazione, un doppio effetto solutorio, doppio effetto che del resto è ammesso dai giureconsulti obbiettivamente in altre materie, senza il menomo accenno all'intenzione delle parti, e indipendentemente dal *const. poss.* ³⁾

Altra via fu battuta dal Gradenwitz ⁴⁾ per conciliare il fr. 3 § 12 (24-1) col fr. 38 § 1 (46-3), sebbene riconoscesse la esistenza di frammenti contraddittori in questa materia. Egli crede in sostanza che la costruzione di Celso abbia per presupposto la *praesentia* del marito al pagamento fatto dal debitore alla moglie, laddove tale elemento di fatto mancava nella specie del fr. 38 § 1. cit.

Il Gradenwitz troverebbe confermato il risultato della sua conciliazione dal § 13 della stessa legge 3, in cui Ulpiano riferi-

1) Fr. 7 § 3 D. 27-10; per questo fr. confr. del resto Gradenwitz in questo *Bullettino* vol. VII p. 39 e seg.

2) Così anche il *Windscheid*, che nel suo celebre lavoro « *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* » pag. 93 e seg. si era servito di questo elemento intenzionale, in altra forma, per spiegare le nostre leggi, rinunziò in seguito nelle pandette (§ 355 n. 9) espressamente a tale ripiego. Mi è caro anzi poter ricordare, che nel suo seminario di diritto romano io avevo nel 1891, senza conoscere la dottrina del Savigny, tentato una identica conciliazione dei frammenti in questione, che mi fu dall'illustre maestro amorevolmente combattuta, e, come ora credo, con tutta ragione,

3) Confr. fr. 44 D. de solut. et liberat. 46-3; fr. 64 D. eod.

4) Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte (1887) p. 216 e seg.; specialmente p. 220 e seg.

sce una decisione di Giuliano, e la connette alla precedente costruzione di Celso, come una pura conseguenza della stessa. Se fra i due giuristi, egli dice, non vi fu un dissenso, ma anzi pieno accordo su questa questione, una antinomia col fr. 38 § 1 cit. non può esistere, perchè anco questo appartiene sostanzialmente a Giuliano.

Ma il ragionamento dell'illustre maestro, a prima vista calzante, presuppone invero parecchie cose, che non mi sembrano provate con la desiderata evidenza.

Innanzitutto, è vero che Celso fu determinato a quella decisione da quel supposto elemento della *praesentia* del marito al pagamento? — Ma ciò non risulta affatto dalle parole del fr., anzi il modo generale come Ulpiano presenta la questione — sed si debitorem suum ei solvere *iusserit*, hic quaeritur cet. — esclude del tutto la influenza di una tale particolarità, che non poteva essere omessa. Se non che, in difetto di prove dirette, il Gradenwitz cerca un appoggio alla sua opinione nel caso analogico, col quale Celso nel seguito del fr. tenta giustificare la sua decisione. Celso aggiunge la specie di un debitore che delega a sua volta il proprio debitore a pagare ad un procuratore simulato, e dice che in questo caso il debitore delegante ha l'*actio furti* contro il procuratore, perchè mediante la tradizione fatta dal debitore delegato è egli stesso divenuto proprietario del denaro.

Le parole "*iubente te* „ indicano, osserva il Gradenwitz, un'azione immediata al momento del pagamento, che se fosse stata disgiunta dovrebbe dirsi "*iussu tuo*„; inoltre, l'*actio furti* concessa al delegante prova pure che Celso lo presuppone presente al pagamento, perchè è noto che antichi giuristi negano una tale azione a qualunque terzo assente, che in siffatte condizioni non ha potuto acquistare il possesso e la proprietà della cosa tradita per suo ordine; e se questo elemento della *praesentia*, egli continua, è certamente supposto nel caso analogico, è necessità concludere che anco nella specie in esame, del pagamento fatto alla donna, per Celso e Ulpiano era sottintesa la presenza del marito. ¹⁾

¹⁾ O. C. p. 227.

Certamente è giusta l'osservazione che il participio presente " *iubente* „ denota un'azione attuale; ma le conseguenze che ne vuol trarre il Gradenwitz sono tanto acute quanto, d'altro lato, mi sembrano azzardate. Infatti, dimostrato che nel caso, che era direttamente obbietto dell'esame del giurista, non si fa cenno alcuno di questo elemento della presenza, è sufficiente ora, per rispondere al Gradenwitz, osservare che nemmeno nel caso analogico poteva avere per Celso detta particolarità, se pur vi era di fatto presupposta, alcuna importanza. Poichè, se è vero che vi hanno nelle nostre fonti decisioni di antichi giuristi (Sabino), che negano l' *actio furti* al creditore, che non fu presente al pagamento fatto nel suo interesse ad un terzo — fr. 43 § 2 D. 47, 2 Ulpiano 41 ad Sab. — è, d'altra parte, notevole, e fu già osservato dallo stesso Gradenwitz, che in altri frammenti pertinenti a giuristi più recenti, e, si può aggiungere, a giuristi dell'epoca adrianea, quello elemento non è più richiesto, ma si concede senz'altro l' *actio furti* all'interessato assente, ammettendosi pure, come è naturale, la liberazione del debitore. ¹⁾ Ciò è, — oltre che nei fr. 44 p. D. 47-2, Pomponio 19 ad Sab.; fr. 18 D. 13-1, Scevola 4 quaest. — non solo enunciato chiaramente nel fr. 18 in f. D. 46-3, Ulpiano 41 ad Sab., che nella seconda parte " *utroque autem cet.* „ appartiene, come vide lo stesso Gradenwitz (l. c. p. 228), ad Ulpiano, ma è anche riconosciuto nella stessa l. 38 § 1 D. 46-3, più volte ricordata, ove nell'ultimo periodo si dice, che l' *actio furti* compete pur in quella specie al creditore, il quale, va notato, anco pel Gradenwitz è nella legge supposto assente: *furti tamen actionem in proposito mihi (...)* competituram, quando *mea intersit interceptos nummos non esse*. Queste parole si riportano certamente al primo caso (fatto nel § cit. come lo prova il ritorno del pronome *mihi*, ²⁾ che si riferisce al creditore che aveva ordinato *Titio solvere*. È facile che questa aggiunta sia originale di Africano, come ne di frequente in altri luoghi di quest'opera, ³⁾ ma ciò prova, ad o-

1) Confr. fr. 51 D. 46-3. Paolo IX ad ed.

2) Confr. avanti p. 201 e nota 2.

3) Confr. fr. 34 p. D. 17-1, *et in proposito*; fr. 33 D. 19-2, *quod hactenus*; fr. 35 § 1 D. 19-2 *recte quidem notat*; fr. 40 § 1 C. 41-2 *sed haec ita esse vera*.

gni modo, che l'elemento della presenza non é affatto essenziale per la concessione dell'*actio furti* nel II sec. dell' Impero, e che quindi nemmeno nelle nostre decisioni poteva avere alcuna importanza.

Che se poi, passando oltre, si viene a considerare la maniera cauta, dubbiosa, sforzata con la quale Celso procede nella argomentazione, per arrivare a giustificare la sua decisione — *videndum esse, ne dici possit..... nam.... nam.... ceterum.... nec novum aut mirum esse....* si deve assolutamente negare che Celso avesse pensato ad un caso, in cui era data la *praesentia* del marito delegante al pagamento. Poichè allora, in base a questo elemento, la soluzione del quesito non poteva presentare al giurista, massime poi a Celso, nessuna difficoltà, nè era d'uopo ricorrere a tanti raggiri. È noto infatti che già giuristi anteriori a lui avevano affermato il principio “ *non esse corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu*: Paolo riporta come autorità, nell'enunciare questa massima, Priscus (Iavolenus) e soggiunge come esempio tipico appunto quello del pagamento fatto ad un terzo *iubente creditore; idemque esse, si nummos debitorem iusserim alii dare*: fr. 1 § 21 D. 41-2; fr. 79 D. 46-3 Iavolenus X epist.

È chiaro dunque, che Celso, il quale nella teoria del possesso procede ardito, dando all'elemento corporale direi quasi un posto secondario, non avrebbe nel caso nostro trovato luogo ad esitanza, come non ne avrebbe trovato già lo stesso Papiniano, che ha per la *praesentia* un particolare attaccamento,¹⁾ che non ritroviamo più nemmeno in Gaio²⁾.

Il terreno dunque su cui il Gradenwitz ha edificato è abbastanza labile, e la sua conciliazione non solo non ha sostegno nelle parole de' testi, ma non si regge nemmeno di fronte a considerazioni d'ordine generale.³⁾

1) Confr. V, F. 254, 255, fr. 74 D. 18-1; fr. 41 D. 39-6; fr. 31 § 1 (39-5) Paolo R. S. V XI § 1.

2) Confr. fr. 9 § 6 D. 41-1 — Inst. II 1 § 45, e Saleilles, Étude sur les éléments constitutifs de la possession — p. 27, 39 e seg. 47.

3) Contro il Gradenwitzve di anche la bella recensione dell'illustre maestro E. Eck, Kritische Vierteljahresschrift für G. und R. vol. XXX p. 87 e seg.

Nella letteratura, va appena accennato, l'opinione dominante, rappresentata ancora dal Windscheid nell'ultima edizione delle sue pandette¹⁾ e dal Dernburg, ²⁾ per la interpretazione dei nostri testi, ed in generale in materia di delegazione, crede che le divergenti decisioni nelle fonti siano determinate dalla diversa *forma* che la delegazione ha assunta nel venire ad esistenza; essa insegna che la nuova obbligazione solo allora risente dei vizii che affettavano le vecchie obbligazioni, che ne formano il sustrato, quando la stessa si presenta come titolata (in contrapposto: astratta). Ma questo insegnamento è stato, come vedremo, abbandonato dal Windscheid in un lavoro speciale sulle prestazioni indirette, e, come io credo, non ha base alcuna nelle decisioni delle nostre fonti.

V. Se tutti i tentativi per conciliare le nostre leggi s'infrangono, come s'è visto, in ostacoli insormontabili, è necessità riconoscere che i fr. 39 D. 24-1 e 38 § 1 D. 46-3, dominati da uno stesso principio, sono in diretta opposizione col fr. 3 § 12 D. 24-1. Dopo le considerazioni fatte non è difficile ora scoprire la sede vera e la causa del dissenso.

I giureconsulti romani, e fra questi lo stesso Giuliano, applicano costantemente il principio, che la delegazione è efficace ogni qualvolta almeno una delle due possibili obbligazioni di base sia valida, suscettibile di un pagamento. In caso però di delegazione fatta da un coniuge all'altro, a scopo di donazione, quel principio generale doveva soffrire un'eccezione, appunto perchè quelle norme di *ius singulare*, vigenti in Roma per le donazioni fra coniugi, portavano la inefficacia della delegazione fatta a tale scopo, e la nullità della prestazione del debitore delegato, malgrado che essa avesse fondamento in una obbligazione valida. La eccezione era dunque una necessaria conseguenza del divieto assoluto delle donazioni fra coniugi, che veniva ad attraversare, determinando una diversa soluzione, le norme vigenti in materia di delegazioni.

1) Confr. § 355 n. 9, 13; § 319: § 412 n. 10, 11.

2) Pandekt. 3 ediz. vol. II § 119 n. 9

Che la delegazione poi fosse diretta ad un *solvere* ovvero a *promittere* era del tutto indifferente, perchè, tanto nell'uno quanto nell'altro caso, il delegante mira, contro il divieto della legge, a compiere una donazione per via di persona interposta; e la giurisprudenza romana, ispiratasi in questa materia ad un rigore inflessibile, applicato nei singoli casi con arte mirabile, ritenne nulla la promessa fatta dal debitore delegato, inefficace il suo pagamento, lasciando di conseguenza i rapporti delle parti immutati, quali erano innanzi la delegazione.

Giuliano non si discosta per nulla da queste conseguenze; ed in altri testi, che riguardano casi di delegazione a *tradere* o *solvere*, decide sempre nello stesso senso, dichiarando cioè inefficace la tradizione o il pagamento. ¹⁾

Il più importante in proposito è il fr. 3 § 13 D. 24, 1 dove Ulpiano riferisce, immediatamente dopo quella di Celso, una decisione di Giuliano, che è stata spesso fraintesa.

Ulpiano scrive: *huic sententiae consequens est, quod Iulianus libro XVII dig. scripsit, si donaturum mihi iussero uxori meae dare: 2) ait enim Iulianus, nullius esse momenti, perinde enim habendum atque si ego acceptam et rem meam factam 3) uxori meae dedissem: quae sententia vera est.*

Le parole *huic consequens* di Ulpiano sono state causa di traviamenti. Così p. es. il Gradenwitz (*l. c.*) si vede per esse costretto a riconoscere, che la decisione di Giuliano fosse qui conforme a quella di Celso, logicamente anzi alla stessa connessa, come appariva ad Ulpiano. Io non discuto se questo argomento possa avere in sé un valore; ma è giusto avvertire che sul giudizio de' terzi, sia questo terzo un Ulpiano, è meglio non giurar mai, o perlomeno usare le debite cautele.

Ed invero le decisioni di Celso e Giuliano sono anco qui contrarie; ⁴⁾ in entrambi i casi si ha un marito che delega *do-*

1) Conf. fr. 4 D. 24-1 dello stesso Giul. e fr. 56 D. eod. (Scevola).

2) Meglio Noodt — Com. Opera vol. II, p. 396 « *nullius esse momenti, ait enim Iul. perinde....* confr. anche Mommsen ad h. l.

3) Mommsen ad h. l.: *et meam factam rem.*

4) Così anche Ihering — ne' suoi *Jahrbücher*, vol. II p. 144, e Ferrini — Appunti sulla teoria del furto. (estratto dall'Archivio Giuridico vol. 47) p. 25 n. 5.

nationis causa un terzo (debitore, donante) a compiere la prestazione nella persona della moglie; Celso perviene a ritenere la prestazione del debitore efficace per lo effetto solutorio; Giuliano, invece, considera tutti gli atti come nulli “*nullius momenti*”, e conseguentemente, come si rileva da altri testi già discussi, lascia il possesso e la proprietà della cosa tradita nella persona del delegato, che è in grado di poterla ripetere.

Notevole è però che i due giuristi si servono della stessa costruzione giuridica, del *constitutum possessorium* ¹⁾ per raggiungere un risultato opposto:

<i>Celso</i>: ut pecunia ad te a debitore tuo, deinde a te ad mulierem perveniret.	}	<i>Giuliano</i>; perinde enim habendum atque si ego acceptam et rem meam factam uxori meae dedissem.
---	---	---

E solo in questo senso, forse, Ulpiano vedeva un nesso fra le decisioni di Celso e Giuliano, cioè dal lato della costruzione esteriore del rapporto; ed in vero poi si può osservare, che Ulpiano nella sua relazione soltanto in questo senso connette le due decisioni, come appare chiaro dal rilievo che egli dà all'argomentazione giulianea²⁾ *ait enim Iulianus. perinde....* Nè ciò sarebbe un fatto singolare o sorprendente da parte de' giuristi romani, perchè essi per via di una identica costruzione giuridica pervengono spesso a diverse decisioni; e ciò è ben naturale, dacchè la costruzione giuridica non è per i giureconsulti romani, nè deve mai essere, qual cosa di sostanziale che è fine a sè stessa, l'arte per l'arte, ma un semplice mezzo mutabilissimo, a cui si ricorre per conseguire fini prestabiliti, qua per far posto ad un bisogno dettato dall'equità, altrove per affermare l'impero della legge nelle ultime conseguenze.

1) Anco su ciò si è molto lontani dal trovare accordo fra gli scrittori; poichè giaddove alcuni indicano la costruzione di Celso nel fr. 3 § 12 (24-1) come un *const. poss* Savigny, System, vol. IV p. 594, Windscheid, Pand. vol I § 172 n. 16; Eck, nella Kritische V. cit., altri parlano di « *brevi manu trad.* Fabro, Coniecturae I, III c. 19. Ihering, Jahrbücher, vol. II p. 142, Scheurl, Jahrbücher vol. II p. 11; ed il Gradenwitz infine di « *longa manu t.* » o. c. p. 222.

2) Il Ihering, Jahrbücher, vol. II p. 144 per trovare un rapporto fra il § 12 ed il 13 del fr. 3 D. 24-1 riferisce le parole « *huic sententiae consequens...* » alla domanda proposta da Ulpiano sul principio del § 12 « *an nummi fiant eius* ».

La opinione del Savigny quindi, più sopra combattuta, che riporta le contrarie decisioni de' giuristi alla diversa efficacia che essi avrebbero attribuito al *const. poss.*, appare anche ora priva d'ogni fondamento.

Così, erra pure il Ihering¹⁾ che in queste nostre leggi credeva scoprire una controversia fra i giuristi romani circa l'efficacia della tradizione fatta in persona d' un terzo delegatario: secondo il Ihering, Giuliano avrebbe, giustamente, ammesso in tal caso il passaggio immediato della proprietà del delegato nella persona del delegatario (fr. 38 § 1 D. 46-3), laddove Celso, con altri giuriconsulti, avrebbe in quell'atto ammessa una doppia tradizione, in forza della quale acquisterebbe in precedenza la proprietà il delegante mediante una *brevi manu t.*, ed il delegato poi trasmetterebbe la proprietà di lui, come rappresentante.

Che sia esistita fra i giuristi romani una controversia su questo punto non pare a me provato. Gli scrittori che ne accennano, come il Windscheid, ²⁾ infatti sono costretti a citare nell'una e nell'altra categoria frammenti che appartengono certamente allo stesso Giuliano. Ed invero una osservazione spassionata de' testi dà per risultato; che, come Celso ³⁾, così anche Giuliano ⁴⁾ invoca spesso nelle sue decisioni, come mezzo di argomentazione, lo effetto della doppia tradizione; e, d'altra parte, che in frammenti di varii giuristi la doppia tradizione è ora ammessa, altre volte sconosciuta o addirittura negata, senza che ciò determini una contraria decisione, anzi essa è presa sempre come se una doppia tradizione fosse avvenuta. ⁵⁾ Ciò dimostra evidentemente, che noi non ci troviamo qui di fronte ad un principio controverso che abbia importanza giuridica, ma di fronte a

1) Iahrbücher — vol. I p. 305 e seg. vol. II p. 144 e seg.

2) Pandekt. § 172 n. 16.

3) Fr. 21 § 1 D. 39. 5; fr. 3 § 12 D. 24-1.

4) Fr. 3 § 13 D. 24-1; fr. 49 D. 23-3 — su questo fr. confr. Bullettino vol. VII p. 264

5) AFRICANO VIII quaest. fr. 34 p D. 17-1: *benigne receptum*; MARCELLO 8 dig. fr. 61 D. 21-2: *te mihi teneri, sicuti si acceptam rem tradidissem*. ULPIANO III disp. fr. 43 § 1 D. 23-3. *credendum est, brevi manu acceptum a muliere et marito datum*; 31 ad ed. fr. 15 D. 12-1: *obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis*. PAOLO III de adulteriis, fr. 14 p D. 23-5: *dos eius condicionis erit, cuius esset si ipsi Titio tradidisset*; non così, invece, per la costruzione, nel fr. 26 p D. 24-1 Paolo VII ad Sab.

mezzi diversi, più o meno diretti, per ottenere un dato scopo.

VI. Omai non ci resta che apprezzare le varie opinioni dai giureconsulti romani emesse, per rispondere al quesito in esame. Ed in ciò, a me pare, non dovrebbe essere dubbio alcuno; i responsi di Giuliano, a noi noti, sono del tutto conseguenti ai principii vigenti in Roma per le donazioni fra coniugi, e come tali irreprensibili; che se le stesse decisioni appaiono come un'anomalia in materia di delegazione, l'anomalia sparisce quando si pensi che lo intreccio, in questi casi speciali, delle diverse norme portava necessariamente ad una soluzione diversa.

Il compianto maestro B. Windscheid, nel suo lavoro ultimo, ¹⁾ col quale chiuse la sua splendida e laboriosa carriera, riconobbe pienamente questa verità, ed osservava giustamente che tale trattamento eccezionale ne' nostri testi era suggerito ai romani da considerazioni pratiche, di utilità, perchè in tal maniera si veniva a rendere più energico, ed in ogni caso efficace, il divieto delle donazioni fra coniugi. ²⁾

Ed ora noi intendiamo bene perchè Giuliano coglie la decisione, ne' fr. esaminati, senza ombra di dubbio, e senza ulteriori giustificazioni; perchè essa discende, come logica conseguenza, dal divieto delle donazioni fra coniugi, divieto a cui i giuristi romani diedero un fine e rigoroso svolgimento, e che colpiva non solo le donazioni dirette, ma pur quelle mediate *per interpositas personas* (fr. 5 § 2 D. h. t.).

Tutt'al contrario, invece, la decisione di Celso nel fr. 3 § 12 cit., viene a trovarsi in contraddizione con quelle norme vigenti in Roma per le donazioni fra coniugi, e la sua argomentazione si aggira e contorce, con sforzo palese, in un circolo vizioso, al punto che noi vediamo il giurista infine costretto, in modo veramente strano, a fare astrazione dell'ostacolo che lo stringe da

1) Die indirekte Vermögensleistung — Festgabe der Leipziger Iuristen Fakultät für Dr. Iuris O. Müller (1892).

2) Così anco il Savigny — System vol. IV. Beilage X. p. 587 — che ritiene quel trattamento non assolutamente necessario. Avverto però che quanto dice il Windscheid ed il Savigny è da me accettato come spiegazione dei motivi che determinarono la giurisprudenza romana a seguire un sistema piuttosto che l'altro; ma del resto la ragione giuridica delle decisioni va ricercata nel divieto delle donazioni fra coniugi.

ogni parte, e che conteneva poi il germe di tutta la questione: *nam et si donatio iure civili non impediretur, eum rei gestae ordinem futurum*, e così di seguito! Chi non vede dunque che tutto il ragionamento poggia su di una falsa ipotesi? Una decisione così costruita, che salta a piè pari il punto saliente della questione, non può essere che inconcludente. Nè mi fa quindi meraviglia se Paolo, l. VII ad Sab., che tratta nel fr. 26 p D. 24-1 un caso analogo a quello di Celso, pur accogliendo la identica soluzione, non credette opportuno appropriarsene la motivazione, e si contenta invece d'una dichiarazione tutta banale: *certe tamen venditor nihil habet quod tradat*. (!)

Raccogliendo ora i risultati della nostra indagine, non può esser dubbio alcuno che fra Celso e Giuliano vi sia stata divergenza nella soluzione del nostro quesito, cioè nel caso che il marito avesse delegato *d. c.* il proprio debitore a *solvere* o anche a *promittere* alla moglie. La decisione del fr. 38 § 1 D. 46-3 — che va attribuita a Giuliano, è perfettamente identica a quella del nostro fr. 39, dall'esame del quale siamo partiti; in entrambi i fr. si ha lo stesso principio dominante, identico ordine di idee, e i mezzi giuridici assicurati al debitore, per invocare la protezione del pretore, rispondono nei due frammenti in ogni senso. A tutto ciò si aggiunge poi che nel fr. 39 cit. noi troviamo la maniera giuliana di presentare il consulto col relativo responso: *quaero utrum.... an.... respondi*; vi troviamo altre frasi al nostro giurista in sommo grado predilette: *actiones praestare paratus; doli mali exceptiones et ueri*¹⁾ come nel fr. 38 § 1 cit.; e tali indizii ed analogie mi sembrano abbastanza sufficienti per rivendicare a Giuliano il responso contenuto nel fr. 39.

*
* * *

fr. 30 D. 40-12.

Duobus petentibus hominem in servitutem pro parte dimidia separatim, si uno iudicio liber, altero servus iudicatus est, commodissimum est eousque cogi iudices, donec consentiant: si id non continget, Sabinum refertur existimasse duci servum debere ab eo qui vicisset: cuius sententiae Cassius quoque est et ego sum.

1) Confr. fr. 4 § 32 D. 44-4; fr. 30 D. 41-12; fr. 7 p. D. 12-4.

et sane ridiculum est arbitrari eum pro parte dimidia duci, pro parte libertatem eius tueri.

Questo fr. fu esaminato avanti, ¹⁾ in occasione della interpolazione che contiene nel seguito; allora dimostrai che la parte qui riprodotta va attribuita a Giuliano, come già notò Doroteo — *φρσιν Ἰουλιανός* — negli scolii al cap. 30 B. 48. 8. Agli argomenti di forma riportati nel l. c. aggiungo ora il *tueor* usato passivamente, che è rilevato dal Kalb, ²⁾ dietro le orme del Brissonio, come speciale a Giuliano ed a qualche altro giurista posteriore. In quanto poi al contenuto del fr. interessa ancora osservare, per quel che dirò fra breve, che certamente la questione, su questo caso speciale, dovette fra i giuristi romani agitarsi nel tempo adrianeo. Ciò, oltre che da questo fr., in cui Giuliano approva in maniera accentuata l'opinione di Sabino: *cuius sententiae Cassius quoque est et ego sum*: combattendo acutamente l'altra opposta, ciò, dico, è provato dalle diverse possibilità di soluzione che mette avanti Gaio nel fr. 9 D. 40-12, le quali, senza dubbio, rispecchiano le diverse opinioni de' giuristi anteriori, che erano in voga al suo tempo; ed in fine dalla felice soluzione immediatamente dopo trovata da Africano, che, come s'è visto, fu accolta dalla giurisprudenza posteriore, e da Giustiniano codificata nella Const. 1 § 1 Cod. VII-7.

*
*
*

I Nei tre fr. ora esaminati, che ho attribuiti a Giuliano, mancano, come si vedrà meglio in seguito, quelle forme di stile proprie di Minicio, e si osservano, d'altra parte, delle caratteristiche comuni, che vengono a confermare splendidamente le osservazioni innanzi fatte e la tesi da me sostenuta. In essi infatti lo scrittore adopera sempre la 1^a persona: *respondi* (fr. 18 D. 8-5; fr. 39 D. 24-1) *et ego sum* (fr. 30 D. 40-12), come è costante abitudine di Giuliano. Così ne' suoi digesti noi riscontriamo ben 72 volte usata la 1^a persona [*dico, existimo, animadverto, respondi, suasi, liberavi, putabam*], con sole 14 eccezioni, ¹⁾ che

1) Confr. Bullettino vol. VII. p. 244 e seg.

2) Roms-Iuristen, p. 58.

1) E ciò nei fr. 60 D. 42-1; 12 D. 14-4; 6 D. 37-5; 4 D. 42-20; 7 p. e § 2 D. 41-4; 6 § 1 D. 42-6; 17 § 1 D. 42-8; 39 § 3 D. 21-2; 6 D. 38-15; 18 § 2 D. 39-6; 1 D. 34-8; 51 p. D. 9-2; 6 D. 14-2. Non conto il fr. 22 § 2^a D. 49-15 perchè supplito dal M. dai Basilici.

senza dubbio vanno messe a carico degli amanuensi, ¹⁾ come è stato rilevato dal Mommsen, ²⁾ il quale spesso nella sua edizione dei digesti annota la correzione. ³⁾

Al contrario Minicio non appare mai nella nostra opera qual giurista rispondente; egli riferisce sempre responsi d'altri e adopera conseguentemente la terza persona: *respondit, negavit*. Si ha, è vero, nel fr. 22 D. 12-1 una sola volta la prima persona — *interrogavi* — ma ciò non contraddice per nulla quanto io sostengo, perchè qui trattasi di una *interrogatio* diretta al suo maestro Sabino, il che evidentemente è altra cosa. ⁴⁾

II. La maniera di riferire il consulto è anche nei nostri fr. tutta giulianea; alla 1^a persona usata nel responso fa riscontro la domanda del chiedente pure in 1^a persona: ⁵⁾ *quaero... respondi*; così nel fr. 39 D. 24-1 e nei dig. 13 volte.

La domanda è formulata negli scritti di Giuliano quasi costantemente con: *utrum.....an* (8 volte), rafforzato nella doppia interrogazione con *vero* ⁶⁾ (38 volte), oppure con: *refert, interest, quaesitum est.....an* (45 volte), che noi riscontriamo pure nel cit. fr. 39, laddove questa maniera è assai rara in Minicio.

La forma: *quaerit.... quid sibi faciendum esset* del fr. 18 D. 8-5 trova riscontro in altre analoghe dei dig.: *quid ergo est* (3 p. D. 37-6; 2 p. D. 41-5; 56 § 7 D. 45-1) *quid iuris esset* (3 § 6 D. 37-6; 81 § 3 D. de Leg. I); così nel fr. 30 D. 40-12 Giuliano approva l'opinione de' suoi predecessori con le parole: *cuius sententiae Cassius quoque est et ego sum*, che si ritrovano quasi riprodotte nel

1) Ciò appare evidente per es. dai fr. 7 p. § 2 D. 41-4; 39 § 3 D. 21-2; 6 D. 37-5.

2) Zeitschrift f. Rechtsgeschichte. vol. IX p. 90; invece il Pernice (H.) Miscellanea cit. p. 79 vede anco qui una prova per la sua tesi, che i compilatori abbiano estratti i fr. dai testi de' classici con diverso sistema, e riporta agli stessi le varianti.

3) Non so vedere la ragione perchè il M. non ha notata costantemente la correzione, come fa p. e. Haloander, il quale, del resto, procede pure in ciò arbitrariamente, sostituendo sempre la 1^a persona, anco nelle *quaest.* di Africano.

4) Quanto il Krüger — Geschichte der Quellen etc. p. 161 n. 121 scrive su questo proposito è senza interesse.

5) Confr. Mommsen. Zeitschrift cit. vol. IX p. 84 — Karlowa, Rechtsgeschichte vol. I p. 708.

6) Su ciò confr. Kalb. Roms-iuristen p. 8, 9.

fr. 24 § 1 D. 19-1, estratto dal l. XV de' suoi digesti: *Cassius veram opinionem Sabini rettulit, in qua ego quoque sum.*¹⁾

Or queste poche osservazioni, riguardanti la forma dei fr. che attribuisco a Giuliano, hanno dal punto di vista critico molto valore, perchè, si vedrà più oltre, le caratteristiche rilevate sono affatto estranee allo stile di Minicio.

III. Ma i nostri tre fr. presentano ancora, per il contenuto, un'altro dato comune che è notevole. In essi, s'è visto, sono trattati punti di diritto controversi nel tempo adrianeo, intorno ai quali Giuliano pronunzia la sua opinione, or in opposizione a Nerazio (fr. 18 D. 8-5); altra volta contro Celso (fr. 39 D. 24-1), col quale certamente non fu in buoni rapporti,²⁾ ed altra volta infine per appoggiare una decisione di Sabino (fr. 30 D. 40-12), che è poco dopo abbattuta da Africano, il quale vi sescitui una soluzione più equa.

Appare dunque assai naturale che Giuliano, annotando un'opera di responsi tanto importante, l'avesse qua e là arricchita con responsi propri, relativi a punti di diritto controversi.³⁾ Ciò doveva elevare ancor di più il valore della nuova edizione, se si vuole con vantaggio del *bibliopola* e, in quei tempi più savì, anche dell'autore.

1) Il Lenel, *Palingenesia* vol. I p. 361, n. 2 sospetta interpolato quest'ultimo fr.; io non trovo, invero, ciò giustificato, ma ritengo semplicemente che il fr. 31 § 1 D. 12-1 Paul. XVII ad Plautium, sia più integro, laddove quello di Giuliano potè essere riprodotto in parte. Anche il Pampaloni — *Archivio G.* vol. 55 p. 504 n. 15 — attribuirebbe ora, sulle orme del Lenel, ai compilatori la espressione di *opinamento* — ego quoque sum — ma osservo con piacere, che, anco considerata da questo nuovo punto di vista, essa appare genuina, perchè, come nota giustamente il P., in tali casi i commissari adoperano costantemente il plurale.

2) Infatti è noto che i due giuristi non si citano mai — Confr. Krüger *Geschichte* p. 169; per il fr. 13 D. 28-2 Lenel, *Palingenesia* vol. I p. 392 n. 1..

3) Ciò è stato negato fin'oggi dai critici; così dal Mommsen, *Zeitschrift.* cit. vol. VII p. 483 Krüger *Geschichte* p. 161, n. 121, Karlowa R. R. G. p. 701, sebbene quest'ultimo scrittore sospetta (scheint) che l'opera contenesse anco dei responsi di Giuliano, ed usa anche per essa la sua frase prediletta quanto vaga caratterizzandola per un: *eklektisches Commentar.*

§ 4

CRITERI DISTINTIVI DELLE NOTE DI GIULIANO

I. Le note di Giuliano, che ho già tentato di distinguere dal testo miniciano nel § 2, come in generale tutte le note dei giuristi romani, hanno delle caratteristiche comuni di forma che meritano di essere osservate. Da esse si può ricavare ancora un'argomento d'indole generale, che verrà a confermare quanto ho innanzi dimostrato; ed inoltre poi, tali forme speciali riassunte in un quadro costituiscono una bella esperienza, di cui si può far tesoro nell' esame di altre opere annotate.

I compilatori ci hanno tramandata la nota di Giuliano, in forma genuina, in un sol testo, nel fr. 1 D. 33, 3 — *Iulianus notat: videamus ne hoc ita verum sit*. Altre volte, invece, riferirono essi, in forma indiretta, il contenuto della nota, conservando il nome:

fr. 61 D. 6-1 *sed si... non posse Iulianus notat*.

fr. 33 D. 17-1. *Iulianus verius putat*.

In altri casi il responso originale del testo fu cancellato, e la nota sospinta al suo posto, pur conservandosi, anco qui, il nome di *Iul.* che figura così da rispondente.

fr. 76 D. 33-3 *Iul. respondit*.

fr. 23 D. 46-8. *Iul. respondit*. ¹⁾

Più di frequente però i compilatori cancellarono tutti i nomi, facendo sparire le tracce delle note, sostituite al solito ai responsi, per presentare il fr. in una forma legislativamente più comoda.

Ma anche in questi casi le vestigia delle note giulianee appaiono chiare, specialmente nelle parole iniziali.

Così son proprie del giurista annotatore le forme introduttive *...hoc tamen ita accipiendum est* (fr. 60 D. 47-2) *...verius est* (fr. 12 D. 33-5; 8 D. 41-4; 7 D. 41-7) *si... quaereremus an... cum vero*. (fr. 49 D. 23-3) *...hic* (fr. 10 D. 41-4) — *sicut eum quoque*

¹⁾ Confr. anco il fr. 16 D. 16-1 dai libri di Iul. ad Urseium. — Il Mommsen, invece, alle leggi cit. ed il Krüger, Geschichte p. 161 n. 121 attribuiscono erroneamente ad una glossa l'inserzione del nome *Iulianus*.

(fr. 27 D. 38-1) *...ita demum.... si... qui autem* (fr. 11 § 15 D. 19-1 Ulp. ad ed.) *interesse puto* (fr. 39 D. 41-2) *si... sed si* (fr. 10 D. 47-7); le quali, vagliate con accuratezza, insieme agli altri dati sostanziali del testo, offrono sempre un criterio sicuro per distinguere la nota, e ciò anche nel caso, come avviene ne' due ultimi fr. ora cit. e spesso altrove, che i compilatori abbiano estratta la nota come un fr. a sè, tralasciando la specie a cui si riferiva.

Già il Kreyssig, nel principio del secolo¹⁾, in un pregevole lavoro su questa materia, aveva osservate parecchie di quelle forme, e le indicava come proprie dello stile delle note; l'esperienza da me fatta, nell'esame dell'opera presente, mi offre l'occasione di potere confermare ciò.

Infatti è notevole che nelle poche note aggiunte da Giuliano al libro di Minicio si riscontra 5 volte la forma del comparativo *verius est*, ²⁾ 4 volte nei libri ad *Urseium*, ³⁾ laddove ne' digesti, che contengono cento volte più di materiale, il "*verius, rectius puto, est*" è raro, e va appena notato 5 volte. ⁴⁾

Lo stesso va detto per la forma: *hoc tamen ita accipiendum est* del fr. 60 D. 47-2, che si riscontra nelle note tanto di frequente, come nei libri commentarii *ad ed. ad Sab.* (es. di Pomponio, Ulpiano), e nei digesti (l. 61) di Giuliano appare una sola volta, nel fr. 87 § 4 D. 35-2, ed anche qui certamente col carattere di una nota di altro giurista.

Il "*videamus ne hoc ita verum sit* „ del fr. 1 D. 33-3, trova un solo riscontro nel fr. 3 § 2 D. 37,6 dei dig. "*videamus ne commodissimum sit*; e così pure lo "*interesse puto* „ del fr. 39 D. 41-2; confr. fr. 34 § 2 D. 7-1 (Iul. 35 dig.).

II. Se le forme introduttive delle note di Giuliano non si ritrovano che raramente nell'opera sua originale, le altre carat-

1) De auctorum et commentatorum verbis in digestorum interpretatione distinguendis observationes. 1817.

2) Confr. fr. 33 D. 17-1; fr. 23 D. 46-8; fr. 12 D. 33-5. fr. 8 D. 41-4. fr. 7 D. 41-7.

3) fr. 8 D. 28-5; fr. 36 D. 46-3; fr. 104 p. D. 30; fr. 104 § 6 eod.

4) fr. 27 D. 8-6; fr. 6 p. D. 45-2; 28 § 13 D. 36-1; fr. 23 D. 35-1; [nel fr. 22 § 4 D. 46-8 certamente indica una nota] fr. 36 D. 46-3.

teristiche di stile e di lingua, tutt'al contrario, che abbiamo osservate nel contesto delle stesse note, si presentano nei digesti in proporzione sempre diretta.

Parecchi di questi confronti sono stati da me fatti ne' luoghi opportuni; qui basta aggiungerne qualche altro; così il richiamo di casi analogici inseriti con *sicuti* (più di 31 volte nei dig.) è tanto nell' indole giulianea che può ben dirsi, senza esagerare, che non vi ha decisione di questo giurista che non ne offra esempio, e noi lo osserviamo pure nella nota del fr. 27 D. 38-1. Lo stesso dicasi della forma "*perinde ac* „ (più di 39 volte nei dig.) ¹⁾ che si legge nella nota del fr. 49 D. 23-3; del *verum est* (fr. 27 D. 38-1) frequente ne' giuristi posteriori e nei dig. di Giuliano (più di 7 volte); del *quodammodo* (fr. 10 D. 41-4) che si legge nei digesti 4 volte; ²⁾ e qui il confronto mostra ad evidenza che la parola *genere* inserita nel nostro fr. innanzi al *q.* è una glossema, come ben vide il Mommsen. Il *quippe*, prediletto a Celso, si ritrova una volta nei dig. (fr. 25 § 3 D. 36-1) ed una volta nel fr. 8 D. 14-2, il quale fr. per la copia dei participii futuri attivi (*ablaturus... requisituros... etc*) ha impressionato anco il Kalb, ³⁾ e va attribuito, anche per questo, meglio a Giuliano che a Minicio. Il *constat* (fr. 39 D. 41-2), è frequente nei dig. (10 volte) e presso gli scrittori posteriori; pur comuni sono a Giuliano le forme gerundive *habendus est*, *intelligendus est*, che abbiamo più volte riscontrato nelle nostre note; non che le congiunzioni *nam si... at si* nell'argomentazione ipotetica: fr. 39 D. 41-2; fr. 60 D. 47-2, confr. p. es. dai dig. fr. 3 D. 12-7; fr. 1 § 1 D. 43-33; fr. 56 § 8 D. 45-3.

1) È naturale che per queste osservazioni ho solo considerati i fr. genuini di Giuliano, e non le relazioni di altri giuristi; poichè è noto che i romani riferendo opinioni altrui anco *ad verbum* non hanno poi molti scrupoli per la precisione della parola. [Wölfflin, Birt Kipp, Grupe, Kalb] — Così per es. Ulpiano nel fr. 3 § 13 D. 24-1 copia l'esemplare riferendo una opinione di Giuliano ma cambia il *perinde ac* in *p. atque*, evitato sempre da Giul.

2) fr. 15 D. 44-7; fr. 2 D. 44-2; fr. 23 § 7 D. 21-1; fr. 25 D. 28-6.

3) Roms-Iuristen p. 48.

§ 5

CARATTERE DELLE NOTE DI GIULIANO

Le note che abbiamo osservate nella nostra opera hanno anche per il contenuto un carattere proprio che le distingue dalle altre produzioni scientifiche, e che è del resto a noi noto dalla letteratura di questo genere, sufficientemente accolta ne' digesti di Giustiniano.

Anche presso i romani il libro annotato rappresentava, in generale, una nuova edizione dell'opera. Lo scopo determinante era ben quello: di presentare ai pratici ed agli studiosi quelle pregevoli pubblicazioni de' predecessori, che per il valore intrinseco e la fama dello scrittore avevano ancora nella pratica e nella scuola autorità, rinsanguate e quindi ringiovanite dalle nuove dottrine, elaborate e fatte prevalere dalla attività scientifica del tempo intermedio.

È noto che la giurisprudenza romana, anche per questo mezzo, otteneva nella tradizione scientifica quella continuità, che non fu mai raggiunta da altra letteratura, e che è condizione indispensabile per il progresso sano e vigoroso delle idee. Attaccata alla tradizione del passato, essa procedeva innanzi sicura, evitando i due maggiori mali che possono inceppare o intorbidare lo sviluppo di qualunque scienza positiva; cioè, il cristallizzarsi delle vecchie dottrine, superate dalle giovani forze e non più rispondenti ai bisogni reali della vita; ovvero l'oblio, ciò che è forse peggio, dei prodotti dell'ingegno e di quel cumulo di savie esperienze delle generazioni passate.

Le nuove edizioni di opere antiche, corredate di note dai giuristi romani, servivano efficacemente al sano sviluppo della scienza giuridica. La nota ha prevalentemente un carattere critico, e ciò si è osservato anco in quelle da Giuliano apposte ai libri di Minicio. L'annotatore spesso non approva la decisione del caso, come è riferita nell'esemplare, dissente per una ragione o per un'altra sia nell'interpretazione della specie di fatto, sia nell'applicazione del principio di diritto corrispondente, ed ingiunge nella nota una contraria o divergente soluzione, con una motivazione piena ed efficace: così in quest'opera nei fr. 33 D. 17-1;

76 D. 3-3; 23 D. 46-8; 12 D. 33-5; 7 D. 41-7 insieme al fr. 8 D. 14-2; 49 D. 23-3; 10 D. 41-5, non che nei fr. 11 § 15 D. 19-1; 10 D. 47-7, come fu dimostrato a suo luogo.

Altre volte però la nota ha semplicemente uno scopo esplicativo. In un'opera di responsi, come la nostra, dati per una specie determinata ed in base a particolari presupposti, ciò era di frequente necessario, per evitare che l'inesperto lettore potesse attribuire alla decisione un valore assoluto, come espressione di un principio di diritto. Come altri annotatori, in questi casi Giuliano ha cura di limitare il responso rilevando quegli speciali presupposti che poterono essere presentati al giurista rispondente, — es. fr. 1 D. 33-3 — ed annotando spesso, per maggior chiarezza, la contraria decisione, richiesta dalla posizione dei fatti diversamente conformati. Di questo genere sono per es. le note nei fr. 61 D. 6-1; 39 D. 41-2; 60 D. 47-2. Alla stessa categoria appartengono quelle altre in cui Giuliano trova giusta la soluzione data dal rispondente, e la illustra efficacemente coll'accento di altri casi analoghi più evidenti — es. fr. 27 D. 38-1; — ovvero oppone semplicemente un dubbio per un determinato caso speciale, del resto molto affine — es. fr. 8 D. 41-4.

Le aggiunte di Giuliano dunque rimettevano in commercio l'opera di Minicio illustrata, corretta, arricchita di nuovo materiale, e quindi sotto ogni aspetto più pregevole.

PARTE II

§ 6

I FRAMMENTI DELL' OPERA DI MINICIO

La prima parte di questo lavoro ha resa più facile la ricerca alla quale ora mi rivolgo, che ha per scopo di riunire quei fr.ⁱ che si trovavano in origine nell' opera miniciano. È chiaro che là dove si è potuto ad evidenza constatare la nota giulianea, contenuta in un dato periodo del fr., quella dimostrazione serve implicitamente ora a provare che il contesto precedente del fr. sia pure dai compilatori reso in sunto o mutilato, dovesse appartenere all' opera originale. Senonchè, una tale illazione potrebbe concettualmente essere infirmata dal sospetto, che Giuliano non si fosse limitato, pubblicando i libri di Mini-

cio, ad aggiungere delle note e dei nuovi responsi, trascrivendo del resto integro il testo esemplare, ma ne avesse piuttosto, in tutto o in parte, riferito, in forma di epitome, il contenuto, come fa Pomponio ne' libri ad *Q. Mucium*, e più specialmente Giavoleno ne' libri: *ex posterioribus Labeonis* oppure in quelli *ex Cassio*. Ed invero ciò è stato ritenuto, anche per la nostra opera, dai migliori critici, dal *Cuiacio* al *Lenel*, in base principalmente al fr. 61 D. VI-I che esaminerò diligentemente in seguito.

Poche osservazioni però generali sul proposito, sono per ora sufficienti per escludere che Giuliano abbia veramente seguito un tale sistema. Le forme linguistiche e lo stile dei fr.ⁱ che riporto a Minicio mi offrono già un argomento decisivo.

Si è infatti osservato, nelle pagine precedenti, che le aggiunte inserite da Giuliano ci si disvelano come tali anche per la forma; in esse abbiano trovato, ora tutte le caratteristiche esteriori proprie delle note, ora la maniera speciale del giurista nel presentare il consulto ed il relativo responso, sempre poi l'impronta della mano di Giuliano così per il vocabolario come per lo stile.

È quindi assai notevole, nè poteva sfuggirmi, il fatto che tali caratteristiche non si riscontrano ne' periodi che precedono le note rilevate, ma che piuttosto in essi troviamo uno stile diversamente conformato, con proprii caratteri, che appartiene necessariamente ad altro scrittore, a Minicio.

Questi nel riferire il consulto ha una maniera che si distingue essenzialmente da quella di Giuliano. Nelle opere di quest'ultimo la domanda è costantemente formulata con: *utrum quaero, quaesitum est... an (an vero)*, laddove in Minicio tale forma è rara, si ritrova cioè solo in tre fr. per eccezione (fr. 22 D. 12-1; 76 D. 3-3; 10 D. 41-4). Egli usa, invece, di preferenza la maniera ciceroniana, che è anco preferita da Alfeno ne' suoi digesti:

quaero... num — fr. 5 D. 43-20

quaesitum est... num — fr. 31 D. 8-3

quaesitum est... num — fr. 1 D. 33-3

quaesitum est... num — fr. 23 D. 46-8

num... quaeritur — fr. 7 D. 41-7

interrogatus... num — fr. 61 D. 6-1

quaerebatur... essetne — fr. 49 D. 23-3

quaerebatur... possetne — fr. 19 D. 46-1

quaero.... possetne — fr. 59 D. VI-1

le quali forme sono *del tutto* ignote a Giuliano, e noi non ne ritroviamo esempio alcuno ne' suoi digesti, e, per di più, nemmeno nei libri *ad Urseium*. Non può esser dubbio adunque che esse fossero proprie a Minicio, e quanto più è scarso il numero dei fr. di questo scrittore a noi pervenuti, che ci offrono tali caratteristiche, tanto più possiamo noi affidarci alle stesse, come ad un criterio critico solido per le nostre ricerche. Il lettore poi che ha pratica, per propria esperienza, della dizione giulianea, che è tuttavia, a dire dell'Eineccio, *tersa aliquando ubique castigata, nusquam abrupta aut turgida*, ¹⁾ sentirà da sè che, nei fr. in seguito trascritti, la semplicità della forma, la purezza del sermone quasi ciceroniana, la coscienziosa esposizione del caso pratico abituale ne' giuristi più antichi, si addice meglio allo scrittore latino del primo secolo dell'impero.

**

In alcuni fr. argomenti di vario genere, offerti dallo stesso testo, non lasciano dubbio alcuno che il referente sia Minicio. Fra questi merita il primo posto il

fr. 22 D. 12-1

Vinum, quod mutuum datum erat, per iudicem petitum est; quaesitum est cuius temporis aestimatio fieret, utrum cum datum esset an cum litem contestatus fuisset an cum res iudicaretur. *Sabinus* respondit: si dictum esset quo tempore redderetur, quanti tunc fuisset, si (*dictum*) ²⁾ non (*esset*) ²⁾ quanti tunc (*fuisset*) ²⁾ cum petitum esset. *interrogavi*, cuius loci pretium sequi oporteat, respondit: si convenisset, ut certo loco redderetur, quanti eo loco esset, si dictum non esset, quanti ubi esset petitum.

Noto subito, cosa che c'interesserà in seguito, che Minicio riferisce qui responsi di Sabino, come è espressamente attestato. Questo fr. ci dà pure una preziosa notizia, cioè che Minicio as-

¹⁾ Opera, vol. I p. 216, De Salvio Iuliano Icto.

²⁾ Mommsen ad h. l.

siste all' insegnamento del giurista e lo richiede anzi di ulteriori spiegazioni: *interrogavi*. ¹⁾ Ciò prova, come è stato già sempre rilevato dagli scrittori, che il nostro Minicio fu uditore del grande maestro.

Anche in altri scritti de' romani giuristi il rapporto fra il referente e l'autore di una data opinione ci si manifesta in occasioni identiche: confr. fr. 26 D. 38-1 estratto dal l. VII dig di Alfeno, discepolo di Servio: *respondit... item rogavi... r.dit.* ²⁾

La stessa questione trattata nel nostro testo è riferita in modo del tutto simile da Gaio l. IX *ad ed. prov.*

fr. 4 D. 13-3.

Si merx aliqua, quae certo die dari debebat, petita sit, veluti *vinum oleum frumentum*, tanti litem aestimandam *Cassius* ait, quanti fuisset eo die quo dari debuit: si de die nihil convenit quanti tunc cum iudicium acciperetur. idemque iuris in loco esse, ut primum aestimatio sumatur eius loci quo dari debuit, si de loco nihil convenit is locus spectetur quo peteretur. [*quod et de ceteris rebus iuris est*]. ³⁾

Gaio riporta invero la decisione a Cassio, ma ciò non fa meraviglia, perchè anche questi, essendo stato discepolo di Sabino, ⁴⁾ poté riferire nelle sue opere la soluzione data dal maestro.

L'insegnamento che si ricava da questi testi è molto semplice ed evidente. Nella *condictio triticaria*, cui essi si riferiscono, ⁵⁾ la stima delle merci, che dovevano restituirsi in un determinato giorno, si desume dal prezzo di mercato del giorno di consegna, e se il giorno non fu indicato, da quello corrente nel giorno della *litis contestatio*. Lo stesso vale per il luogo del mercato misuratore; cioè se non è indicato il luogo di consegna, si riguarda al mercato ove l'adempimento dell'obbligazione è chiesto

1) Male Haloander corregge — *interrogatus r.di.*

2) Confr. Krüger-Geschichte. p. 65 e n. 53. Così anche per Africano: fr. 3 § 4 D 25-3 (Ulp. *ad ed.*) *Julianus Sexto Caecilio Africano respondit.*

3) Triboniano? confr. fr. 1 p. 13-3: *generaliter dicendum est eas res per hanc actionem peti si quae sint praeter pecuniam numeratam sive in pondere, sive in mensura constant sive mobiles sint sive soli*; diversamente Lenel, E. P. p. 189 e seg:

4) fr. 19 § 2 D. IV-8 (Paul. 13 *ad ed.*) *Sabinus... pulavit... Cassius sententiam magistris sui bene excusat.*

5) Confr. Lenel, Ed. Perp. § 95 n. 4.

giudiziarmente. ¹⁾ Invece, nei *iudicia b. fidei* è decisivo per la stima della cosa richiesta il giorno della *condemnatio*. ²⁾ Tale trattamento difforme discende necessariamente dalla diversa natura dei *iudicia* che basta qui appena accennare.

Tuttavia gli antichi interpreti trovarono decisioni in contraddizione con le norme indicate dal nostro fr. 22, al quale toccò, e ben a torto, ³⁾ la sventura di essere collocato a capolista delle famose 7 leggi *damnatae*. ⁴⁾

Una delle antinomie, difficile a risolvere come diceva Bartolo, si vedeva nella legge 3 § 3 D. 19-1 (Pomp. IX ad Sab.), nella quale però, evidentemente, si tratta il caso speciale in cui il contraente sia caduto in mora, nel momento dopo la conclusione del contratto. ⁵⁾

Ragionevolmente contraddittoria fu trovata però la 1. 3. D. 13. 3 (Ulp. 27 ad ed.), la quale, a dire del Cuiacio, fece sudare parecchio. Ma la stessa, se è inconciliabile con la nostra, è anche certamente guasta, ⁶⁾ perchè i compilatori, forse, fusero insieme due diversi fr.¹ ritoccandoli malamente. Ciò appare dall'in-tempestivo *verius est* che trovasi nelle prime parole, e da altri amminicoli bizantini: *si vero desierit esse in rebus humanis mortis tempus*: riferentesi a *res* (!) etc.

*
* *

fr. 26 D. 22-1.

Venationem fructus fundi *negavit* esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.

¹⁾ Confr. fr. 59 D. 45-1 (Iul. 88 dig.); fr. 60 eod. (Ulp. XX ad ed.) fr. 3 in f. 19-1 (Pomp. IX ad ed.); Donello, Opera, vol. X p. 343 e seg. special. p. 356, 369 — Cuiacio Opera vol. VI p. 498, Windscheid Pand. vol. II § 282 n. 5. Dernburg Pand. vol. II § 32 p. 91 n. 6.

²⁾ fr. 3 § 2 D. XIII. 6 (Ulp. 28 ad ed.)

³⁾ Così anche Fadda, Archivio Giuridico vol. 31 p. 359 n. 1.

⁴⁾ Van Eck — De septem damnatis legibus pandectarum etc. (Iena 1745) p. 1 e seg.

⁵⁾ Confr. Dernburg. Pand. vol. II § 41, p. 111 n. 3.

⁶⁾ Confr. anche Lenel Edictum Perp. p. 191 n. 2; — Palingenesia vol. II p. 575 n. 2. — Gli antichi commentatori invece nell'interpretare questa legge ci fanno molto rimpiangere che non siano stati a scuola da Gaio, così p. es. il Donello, o c. l. c. crede che il *tempus condemn* altro non sia che la *litis cont.*

Il *negavit* si riferisce qui facilmente a Cassio, che successe a Sabino nell' insegnamento. Infatti Ulpiano (17 ad Sab.) riporta la stessa decisione a quel giurista:

fr. 9 § 5 D. 7-1.

aucupiorum quoque et venationum redditum Cassius ait libro VIII iuris civilis ad fructuarium pertinere.

E dal confronto di queste due relazioni appare evidente, che nel nostro fr. la parola *fructus*, ripetuta nella seconda proposizione, vale *reditus*, poichè altrimenti si avrebbe in quel periodo una *petitio principii*.

Il giurista dunque insegna, che se il fondo dà un reddito netto con la caccia, questa va considerata come frutto e spetta all' usufruttuario. ¹⁾ Così acquista anche un senso ben determinato il fr. 62 p. VII-I di Trifonino, sul quale si è tanto discusso. ²⁾ In esso è detto, in sostanza, che l'usufruttuario acquista per sè la caccia, o per diritto di servitù, [*si fructus fundi ex venatione constet*] oppure per diritto di occupazione, (*iure gentium*) ³⁾

Non è richiesto in nessun testo, come s' insegna comunemente ⁴⁾, che tale reddito della caccia debba costituire il *principale* provento del fondo, e tanto meno ancora *esclusivo*.

Questo errore s'è insinuato nella letteratura evidentemente in base ad altri testi, che non hanno da fare con la nostra questione. Infatti se si accenna in Paolo R. S. III 6 § 45 = fr. 22 p. D. 33-7 alla condizione che la caccia costituisca il principale provento del fondo — *si quaestus ex maxima parte in venationibus consistat* — ciò è unicamente per un quesito affatto diverso, per sapere se gli attrezzi da caccia fanno parte dell' *instrumentum fundi*, legato con la formula *uti optimus maximusque est*. Quest'ordine di idee emerge evidente dal § 41 eod. di Paolo, non che dal fr. 9 D. 33-7, che appartiene pure allo stesso giurista.

1) Confr. Leo v. Petrazycki — Die Lehre vom Einkommen. vol. I p. 172 e seg.

2) Confr. per la punteggiatura, Landucci — Archivio Giuridico, vol. 29 p. 347 e seg.; ma vedi contro Czyhlarz — nella serie dei libri del Glück 41, erster Theil p. 61. — Per le diverse interpretazioni, Fadda Lezioni di diritto romano p. 222 e seg. e ivi citati.

3) Confr. per la lezione del fr. Mommsen ad h. l.

4) Fadda — Lezioni cit. p. 218 e seg. Windscheid. Pand. vol I § 184 — Dernburg, Pand. vol. I § 78 n. 5. p. 176.

Del pari non deve nella nostra questione richiamarsi il fr. 4 D. 8-3 (Papin. II respons.): si praedii fructus *maxime* in pecore consistat, perchè in esso interessa al giurista determinare se trattasi di una *servitus personae* ovvero *praedii*. La decisione dunque, se la caccia costituisca un frutto del fondo, pende solamente dal sapere se quel dato fondo dà *anche* un reddito netto con la caccia, e non d'altro. ¹⁾ Naturalmente tutto ciò non significa che il d. r. avesse conosciuto, come si è preteso ²⁾, un diritto di caccia, che è ignoto al sistema romano.

*
*
*

Come nel fr. precedente, la forma *negavit*, usata da Minicio nel riferire il responso; si riscontra in altri 3 fr.¹, e ciò indica, a mio modo di vedere, e qui è sufficiente ricordare le *quaest.* di Africano, che lo scrittore comunica in essi insegnamenti ricevuti oralmente dai suoi maestri, Sabino e Cassio.

fr. 32 D. 19,2.

Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit: *Cassius negavit* posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Quodsi colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus prohiberetur, cum herede actionem habere: et hoc detrimentum ad heredem pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset necdum tradidisset, alii legasset, heres eius emptori et legatario esset obligatus.

Dalla costruzione indiretta ininterrotta ³⁾ appare che Minicio riporta qui una *disputatio* tenuta da Cassio su di un caso supposto.

È legato (*per vind.*) un fondo che il testatore aveva dato in affitto. Si chiede se l'erede possa costringere il fittaiuolo a con-

¹⁾ Paolo R. S. III 6 § 22.

²⁾ Wächter — Das Jagdrecht und die Jagdvergehen (Sammlung von Abhandlungen der Mitg. der Juristen Fakultät zu Leipzig. vol. I p. 344 e segg.

³⁾ Mi era apparso dubbio se la seconda parte del fr. *quodsi... obligatus* non fosse da ritenersi una nota di Giuliano, e ciò anche per il caso analogico aggiunto secondo le abitudini di Giuliano, e col solito *sicuti*; notevole è pure che nel fr. seg. 33 eod. Africano (8 *quaest.*) riferisce quella seconda ipotesi contenuta nel nostro fr. e la confronta con altro caso analogico, rispondente al nostro: *nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto*. Tuttavia la costruzione indiretta consiglia meglio l'opinione espressa nel testo.

tinuare la locazione, e d'altra parte se quest'ultimo abbia un' azione contro l'erede, nel caso che il legatario non volesse rispettare la locazione fatta dal testatore. Cassio risponde negativamente al primo quesito, e ciò perchè l'erede, non avendo più la proprietà del fondo, non ha alcuno interesse, e quindi nessuna azione contrattuale, ¹⁾ come non avrebbe nemmeno l'*actio furti*, nel caso che la cosa mobile, sottratta al testatore per furto, fosse stata legata per vind. ad un terzo. ²⁾

Tutt'al contrario, invece, per ciò che riguarda la seconda questione, non è dubbio che l'erede debba rispondere di fronte al colono, nel caso che questi fosse impedito dal legatario di continuare la locazione; e ciò perchè l'erede succedendo in *universum ius defuncti* ne assume le obbligazioni, risponde dell'esecuzione dei contratti dallo stesso conclusi, che non hanno effetti per la persona del legatario, successore particolare. ³⁾ Nè importa che l'adempimento degli obblighi contrattuali sia impedito per il fatto di un terzo, perchè anco in questo caso — *quamvis per te non stet quominus id praestes* — vi ha la responsabilità del contraente ⁴⁾ e per esso dell'erede.

*
* *

Fr. 5 § 1 D. 43.20

Inter duos, qui eodem rivo aquam certis horis separatim ducebant, convenit, ut permutatis inter se temporibus aqua uterentur: *quaero*, cum amplius [tempore servitutibus praefinito ⁵⁾] ita duxissent, ut neuter eorum suo tempore usus esset, *num* ius utendi amisissent, *negavit* amisisse.

Già i glossatori ⁶⁾ avvertirono che questa legge è in contraddizione con molte altre dei digesti; ma fu dagli stessi messo innanzi un tentativo di conciliazione. Essi ritennero, che il giu-

1) fr. 8 § 6 D. 17-1

2) fr. 66 § 1 D. 47-2

3) Come il legatario quindi nè il compratore nè l'usufruttuario sono obbligati a rispettare nel d. r. l'obbligazione dell'autore, nascente dal contratto di affitto: confr. F. V. 144; fr. 120 § 2 D. de leg. I; fr. 59 § 1 D. 7-1; fr. 12, 18 D. 43-16; fr. 20 D. 41-2; fr. 25 § 1 D. 19-2; Const. 9 Cod. IV. 65.

4) Confr. fr. 33 D. 19-2 e le limitazioni quivi introdotte da Africano.

5) *biennio*

6) Glossa ad h. l. amisissent

rista avesse concepito il caso riferito dalla legge come se la *servitus aquae* fosse stata di fatto esercitata dai titolari, per via di una rappresentanza reciproca, e che perciò negava la estinzione delle due servitù. Questa interpretazione, accettata dal Cuiacio ¹⁾ e fra i moderni dal mio illustre maestro L. Sampolo, ²⁾ a me sembra priva di un buon fondamento.

Poichè, se è innegabile che la servitù possa essere esercitata per mezzo di rappresentanti, per l'attività di amici, o di qualunque terzo; di più, che essa perdura e si conserva anche senza attività alcuna, come nel caso che l'acqua scorra spontaneamente nel rivo, ³⁾ è d'altra parte evidente che nella decisione del nostro fr. di una rappresentanza nell'esercizio delle due servitù non può parlarsi, che anzi il mutamento d'orario le distolse completamente dalla destinazione per cui erano state costituite. La servitù prediale, è risaputo, deve servire all'utilità generalmente economica del predio dominante, — *praedio utilis* —; questa è condizione essenziale per la costituzione ed esistenza della stessa; e il suo esercizio deve continuare ne' termini espressi dall'atto costitutivo, sempre a vantaggio di quel dato fondo.

Ma nel caso discusso dal giurista è avvenuto appunto il contrario. La *servitus aquae* costituita per il fondo A, in quelle date ore, è stata devoluta all'utilità del fondo B; e così reciprocamente, la servitù del fondo B, che aveva altre modalità d'orario, viene ora a vantaggio del fondo A. Secondo il principio accettato dall'opinione dominante ⁴⁾ fra i giureconsulti romani, quelle servitù dovrebbero ritenersi estinte, perchè appunto quella convenzione avvenuta fra le parti importava una *transmissione* dell'uso della servitù, ciò che è in modo assoluto vietato. Ma del resto è a noi nota la controversia dei giuristi romani su questo punto, che si manifestò già tra Labeone e Proculo — fr. 24 D. 8-3 ⁵⁾ — Il nostro giurista evidentemente segue qui l'indirizzo

1) Opera. vol. VI p. 466 e seg.

2) Il fr. 5 D. 43-20 de aqua cott. et aestiva, 1837 p. 25 e seg.

3) fr. 12 D. 8-6 (Celso 33 dig.); fr. 1 § 21 D. 43-20 (Ulp. che cita S. Valerio)

4) Confr. fr. 17 p D. 39-3 (Paolo 15 ad Plaut.); fr. 10 § 1 D. 8-6 (Paolo 15 ad Plaut) — v. pure fr. 16 D. 8-6 (Proculo 1 epist.) — fr. 2 D. 43-20 (Pomp. 32 ad Sab.); fr. 44 D. 19-2 (Ulp. ad ed.)

5) Confr. Pernice, Labeo vol. I p. 429 e seg.

più liberale e socialmente più vantaggioso di Labeone, e la decisione esaminata, più conforme allo spirito della legislazione giustiniana, è oggi accolta dai codici moderni, (Cod. Civ. it. art. 627).

*
**

fr. 31. D. 8-3

Tria praedia continua trium dominorum *adiecta* ¹⁾ erant: imi praedii dominus ex summo fundo imo fundo servitutem aquae quaesierat et per medium fundum domino concedente in suum agrum ducebat: postea idem summum fundum emit: deinde imum fundum, in quem aquam induxerat, vendidit, *quaesitum est, num imus fundus id ius aquae amisisset, quia, cum utraque praedia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi servire non potuissent. negavit* amisisse servitutem, quia praedium, per quod aqua ducebatur, alterius fuisset et quemadmodum servitus summo fundo, ut in imum fundum aqua veniret, imponi aliter non potuisset quam ut per medium quoque fundum duceretur, sic eadem servitus eiusdem fundi amitti aliter non posset, nisi eodem tempore etiam per medium fundum aqua duci desiisset aut *omnium* ²⁾ tria simul praedia unius domini facta essent.

Si confrontino innanzi tutto, in questi due ultimi fr. le forme ripetute: *num ius utendi amisissent, negavit amisisse* — *num ...id ius aquae amisisset.... negavit amisisse* — che rivelano una stessa mano e senza dubbio quella di Minicio.

Nel contenuto il fr. in esame è chiaro ed elegante, come nitido ci si presenta nella forma.

La servitù è indivisibile, ha un carattere unitario nel senso che essa investe nel complesso ed in ogni sua parte il fondo dominante, così come il fondo servente. Anco se per la sua costituzione è necessario il concorso di più fondi, è vero sempre che *una est servitus*, e da ciò consegue: da una parte, che la servitù viene ad esistenza, in tal caso, solo allora quando non soffra alcuna interruzione, cioè quando i proprietari tutti dei fon-

¹⁾ Mommsen *del.* Confr. fr. 7 § 1 D. 8-4 (Paolo *ad Sab.*) *tria praedia continua habeam.*

²⁾ Mommsen *del.*, ,

di abbiano prestato il loro consenso; ¹⁾ d'altro lato, che costituisca una tale servitù non può che perdurare o estinguersi intera: *aut tota amittatur aut tota retineatur*. ²⁾

Se il proprietario quindi del fondo dominante ha acquistato, in seguito, l'estremo dei fondi serventi, la servitù continua ad esistere per via di quel fondo medio che *servit*, cioè appartiene ancora ad un terzo, e conseguentemente non vi ha confusione. Questi concetti non hanno bisogno di ulteriori delucidazioni. Che se poi da alcuni ³⁾ si è voluto richiamare anche il nostro fr. per provare che il d. romano avesse ammesso la costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia, tale assunto, di fronte ad un testo così chiaro, non merita davvero sia discusso.

* * *

fr. 19 D. 46-1

Servus inscio domino pro quodam fideiusserat et eo nomine pecuniam solverat: *quaerebatur*, dominus *possetne* ab eo, cui soluta esset, repetere. *respondit*: interest, quo nomine fideiusserit: nam si ex causa peculiari fideiussit, tunc id, quod ex peculio solverit, repetere dominus non poterit, quod ex dominica causa ⁴⁾ solverit, vindicabitur; si vero extra causam peculii fideiusserit, quod ex pecunia dominica solverit, aequè vindicabitur, quod ex peculio, condici poterit.

Anche questa decisione si può riportare ai maestri del referente, Sabino e Cassio, come appare dalle citazioni che troviamo in due fr.ⁱ di Paolo ed Ulpiano.

fr. 47 § 1 D. 15-1 (Paul. ad Plaut.)

Sabinus respondit non alias dandam de peculio actionem in dominum, cum servus fideiussisset, nisi in rem domini aut *ob rem peculiarem* fideiussisset.

1) Confr. fr. 7 § 1 D. 8-4; fr. 11 D. 8-3.

2) Confr. fr. 18 D. 8-3; fr. 15 D. 8-6.

3) Di recente Sala Contarini, *La destinazione del padre di famiglia etc.* 1895 p. 79 e seg. lavoro del resto giovanile e debole nell'esegesi de' testi romani. La tesi contraria è invece vigorosamente e per il d. classico felicemente sostenuta dal Simoncelli, *La destinazione del padre di famiglia etc.* confr. per la nostra legge. p. 8 e seg.

4) leggi *pecunia*: Krüger e Mommsen.

fr. 3 § 9 D. eod. (Ulp. *ad ed.*)

...et est vera *Sabini* et *Cassii* sententia existimantium semper obligari patrem de peculio et distare in hoc a servo.

Nella trattazione del nostro caso sono appunto applicati questi principii direttivi, che furono del resto concordemente accolti dai giuristi romani. ¹⁾

Il servo era per il diritto una *res*, non aveva a rigore alcuna capacità giuridica; tuttavia " la giurisprudenza tendeva praticamente e scientificamente a riconoscere la personalità del servo „²⁾ Con l'istituto del peculio, che va sempre considerato giuridicamente come parte integrale del patrimonio dell' avente potestà, ma che di fatto è un *quasi patrimonium* ³⁾ del servo, si attribuisce allo stesso, quantunque variamente limitata, una certa capacità patrimoniale; egli può obbligarsi ed alienare *ex peculiari causa*. Così si comprende pienamente la distinzione che domina nel nostro fr.; se il servo ha prestata fideiussione e pagato per una causa peculiare, il pagamento fatto con denaro del peculio è valido, che se invece pagò con denaro dell'avente potestà ovvero per causa diversa, allora il padrone può recuperare il proprio denaro con la *vindicatio*, con una *condictio* quello peculiare.⁴⁾

*
* *

fr. 59 D. 6-1

Habitator in aliena aedificia fenestras et ostia imposuit, eadem post annum dominus aedificiorum dempsit: *quaero*, is qui imposuerat *possetne* ea vindicare. *respondit* posse: nam quae alienis aedificiis conexa essent, ea quamdiu iuncta manerent, eorundem aedificiorum esse, simul atque inde dempta essent, continuo in pristinam causam reverti.

Già il Cuiacio ⁵⁾ riconobbe che l'insegnamento di questo fr. provenisse *ex disciplina Sabini*, e noi sappiamo già che Minicio (osserv. *possetne*) non è che un referente anche qui.

1) Confr. anco fr. 3 § 5 e 6 D. 15-1, ove son citati Celso e Giuliano.

2) Brugi — Circolo Giuridico vol. 17 p. 12.

3) Confr. fr. 32 p. D. 15-1.

4) Confr. fr. 20 D. 46-1 (Iav. 13 epist.)

5) Observationes X cap. IV. p. 507.

Più che la decisione è per noi importante la motivazione che vi è ingiunta; perchè essa costituisce una pietra miliare, riguardo alla interpretazione della legge delle XII tav. sul *tignum iunctum*, diversamente applicata dai Sabiniani e Proculiani. Accennai già alla diversa tendenza delle due scuole di Roma su questo punto in altro lavoro, ¹⁾ e avrò occasione di ritornarvi, spero fra breve, in un trattato speciale sulle *impensae*. Mi limiterò quindi a fare poche osservazioni in proposito, per far risaltare anchè in questo luogo l'importanza del nostro fr.

La disposizione decemvirale sul *tignum iunctum* a noi tramandata in parte da Festo,²⁾ avea un carattere d'ordine pubblico. Essa vietava in modo assoluto³⁾ — *ne solvito* — la separazione di travi, assi e pali, in generale del materiale ligneo, congiunto alle viti ed alle case. Con lo sviluppo della vita economica romana, la disposizione decemvirale, che ripeteva facilmente una norma consuetudinaria della vita arcaica di Roma, dovette apparire da un lato insufficiente e d'altra parte inutile e dannosa. Anche qui si deve riportare alla giurisprudenza pontificale, col suo carattere tendenzioso, la *interpretatio* del divieto più conforme ai nuovi bisogni della vita. Estensivamente, nella parola *tignum* comincia a comprendersi il nuovo materiale di costruzione, finchè nella giurisprudenza classica si perviene al concetto generale che *tignum* vale *omnis materia* adoperata nelle costruzioni e nella cultura della vite. ⁴⁾ Ristrettivamente poi, il divieto venne a limitarsi nel senso, che il proprietario dei materiali, congiunti allo edificio altrui, non potesse rivendicarli durante la congiunzione, quale divieto solo implicitamente e come conseguenza dell'assoluto *ne solvito* era incluso nella legge.

La giurisprudenza classica ricevette l'istituto in questa forma. Senonchè Labeone, spirito innovatore, tentò limitare ancor più il

1) Archivio Giuridico vol. 53, p. 521 e seg.

2) Voce *tignum*

3) Confr. anche Czychlarz, Zeitschrift f. das Privat und öffent. Recht etc. vol. 21 p. 86 e seg. Diversamente Pampaloni, Archivio G. vol. 30 p. 268 e seg. e ivi per la letteratura.

4) In parte diversamente Voigt, Die XII Tafeln, vol. II p. 574 n. 27 che attribuisce l'estensione solamente ai giuristi dell'impero.

divieto della legge, ed ammise che in certi casi potesse il proprietario dei materiali chiederne anco la separazione dall'edificio, sempre che nessun danno fosse per derivare allo stesso — fr. 19 § 4 D. 19-2 (Ulp. 32 ad ed.)

I corifei della scuola innovatrice, Proculo, Nerazio, Celso, Marcello ¹⁾ seguirono la tendenza di Labeone; laddove Sabino, conforme al carattere conservatore della sua scuola, restò fedele a quella interpretazione tradizionale della legge, che era stata tramandata dalla giurisprudenza repubblicana. ²⁾ Egli quindi esclude in modo assoluto che si possa mai costringere la separazione di materiali congiunti agli edifici — *quamdiu conexa essent*. ³⁾ Ed a questa dottrina di Sabino tenne fermo la giurisprudenza posteriore non che la legislazione imperiale; ⁴⁾ finchè Giustiniano fece trionfare le idee dei Proculiani, del resto mal comprese, e per via di una serie di interpolazioni, ⁵⁾ creò il mostruoso istituto dello *ius tollendi* che tramandò insieme alla legge delle XII tav. sul tignum iunctum (!)

Il nostro fr. è dunque, come dicevo, una pietra miliare in questa materia. Il giurista rispondente, e direi decisamente Sabino, ci si manifesta, anche attraverso la relazione di Minicio, per l'uso di alcuni vocaboli che non si ritrovano presso gli scrittori posteriori; — così *habitor* per *inquilinus*, ⁶⁾ l'arcaico *demere* che usato già dalle XII tav. in altra disposizione ⁷⁾, ci richiama

1) Confr. fr. 27 § 5 D. VI-1; fr. 38 D. eod.; fr. 63 D. 24-1; fr. 43 § 1 D. de leg. I fr. 45 D. 24-1, e su questi fr. il mio scritto cit. nell'Arch. G. vol. 53, p. 521 e seg.

2) Per quante congetture si mettano avanti sulla diversa tendenza delle due scuole di Roma, a me pare constatabile nelle fonti solo quella espressa nel testo, che trova appoggio anche nel giudizio di Pomponio. O. I. § 47.

3) Del resto anche il Cuiacio, vol. VII p. 523 e seg. avvertì nettamente la divergenza fra le due scuole su questo punto.

4) Confr. fr. 15 p. D. 7-1; 23 § 6, 7 D. VI-1; fr. 63 D. 24-1 (nella nota); fr. 7 § 10 D. 41-1 — Inst. II, 1 § 29; fr. 98 infine 46-3; fr. 1 p D. 47-3; Const. 2 Cod. III, 32.

5) In parte rilevate recentemente anche dal Pernice, Labeo vol. II. 2 ediz. p. 382 e seg. e note, ma già quasi completamente dal Fabro.

6) Confr. fr. 1 § 9 D. 9-3; e poi fr. 27 p D. 19-2 (2 volte. Alfenus II. dig.) fr. 43 § 1 D. 39-2 (2 volte. Alfenus eod.); fr. 30 p D. 19-2 (Alfen. III dig. a Paulo epit. 2 volte) fr. 53 § 2 D. 19-1 (Labeo I Pithana), fr. 37 inf. D. 39-2 (Ulp. 42 ad Sab. e cit. Sabino).

7) Festo v. Sarpiuntur.

alla mente, anche nella nostra legge, la disposizione decemvirale sul *tigno iuncto*. ¹⁾

*
* *

fr. 206 D. 50-16.

Vinaria vasa proprie vasa torcularia esse placet: dolia autem et serias tandiu in ea causa esse, quamdiu vinum haberent, cum sine vino (*esse desinerent*), ²⁾ in eo numero non esse, quoniam ad alium usum transferri possent, veluti si frumentum in his addatur. eandem causam amphorarum esse, ut, cum vinum habeant, tum in vasis vinariis, cum inanes sint, tum extra numerum vinariorum sint, quia aliud in his addi possit.

In questo fr. collocato nel titolo de V. S., non fu riportata dai compilatori la specie cui si riferiva la trattazione. Dalla costruzione indiretta però appare chiara la soppressione del verbo *respondit* che reggeva i verbi seguenti, ³⁾ e perciò io lo annovero fra i testi scritti da Minicio.

La questione se i *dolia* le *seriae*, le *amphorae* dovessero ritenersi come *vinaria vasa*, poteva presentarsi come importante in diversi atti e rapporti giuridici. Innanzi tutto nell'interpretazione di un legato che avesse per obbietto *vasa vinaria*, ⁴⁾ ovvero *vinum*, ⁵⁾ *vinum cum vasis*, ⁶⁾ *ususfructus fundi*, ⁷⁾ ma anche poi di un contratto di vendita di un fondo *cum vasis vinariis*, ⁸⁾ ovvero di locazione. ⁹⁾ Fra queste varie possibilità, bisogna certamente escludere che il testo in esame si riferisse al caso di un legato, perchè questa materia era trattata da Minicio nel li-

1) Coincidenza avvertita già dal Cuiacio, Opera vol. VII p. 524; Huschke ad legem XII tab. de tigno iuncto p. 20; Schoell. Legis XII tab. reliq. p 104-106; Czychlarz l. c. p. 88.

2) Lenel. Palingenesia vol. I p. 489 Iul. 881, glossa? — Mommsen ad h. l. corregge « cum sine vino essent, desinere in eo numero esse (*similiter*). »

3) Non ritengo giusta quindi la correzione proposta dal Lenel. l. c. del secondo *esse in essent*.

4) Confr. p. es. fr. 100 § 3 D. de leg. III

5) fr. 4 p. D. 33, 9; fr. 3 § 1 D. 33-6; fr. 3 § 11 D. 33-9.

6) fr. 15 D. 33-6.

7) fr. 15 § 6 D. 7-1.

8) Confr. fr. 26 D. 19 1; fr. 27 eod.; fr. 40 § 5 D. 18-1.

9) fr. 19 § 2 D. 19-2.

bro I laddove nel l. VI, da cui è estratto il nostro fr., non ve ne ha orma.

In quest'ultimo invece le decisioni si riportano tutte all'*actio locati conducti* o *rei vindicatio*. ¹⁾ Ma qualunque fosse la questione presentata al giurista, noi possiamo in generale constatare che fra i giuristi romani sorsero parecchie volte dubbi sulla natura dei recipienti suddetti. Essi, ed in ciò sono tutti d'accordo, li annoverano bensì nell'*instrumentum fundi*, se *fructus conservandi gratia parata sunt*. ²⁾ ma, d'altra parte, discutono se siano da classificarsi fra i *vasa vinaria*; ciò è negato p. es. decisamente da Trebazio e con lui concorda Proculo, ³⁾ laddove Scevola presuppone, come sembra, che sieno tali. ⁴⁾ Nè del resto poteva essere diversamente, perchè nell'economia romana il *dolium* per es. nonchè la *amphora* serviva agli usi più varii, così per la conservazione del vino, olio ed ogni genere di frutta e cereali. ⁵⁾ La distinzione dunque fatta dal giurista nel nostro fr. ne appare assai logica, perchè rispondente allo stato delle cose; quei recipienti vanno considerati come *vasa vinaria* "quamdiu vinum haberent", del resto non conservano quella qualità: quia aliud in his addi possit. E ciò è giuridicamente importante in diversi rapporti come emerge, oltre che dai fr. innanzi citati, da molti altri. ⁶⁾

*
**

Più brevemente si possono ora passare in rassegna quei fr. i quali contengono, come s'è visto, delle note di Giuliano; e ciò perchè qui siamo ormai sicuri che la prima parte del testo fu scritta da Minicio.

1) Alla *locatio* riferisce il nostro fr. Lenel. Paling. vol. I p. 489 n. 2. Vedi anche Cuiacio Opera vol. VI p. 509.

2) Confr. fr. 8 D. 33-7 (Ulp. 8 ad Sab.) e poi, fr. 17 p D. 19-1; fr. 19 § 2 D. 19-2.

3) fr. 15 D. 33-6 (Procul. II epist.) e confr. Cuiacio Opera vol. VI p. 206.

4) fr. 93 § 4 D. de Leg. III;

5) Confr. Cato R. R. X, XI; Varro R. R. I § XXII; III § XV; Columella R. R. XII § 18, ove si parla di *dolia*, *amphorae. seriae* per vino, olio, noci, castagne, frumenti, vinaccia etc. confr. anche Plinio, N. H. XIV. 27, 12.

6) Confr. ancora fr. 3 § 1 D. 33-6; fr. 3 § 11 D. 33-9; fr. 15 § 6 D. 7 1; fr. 4 p. D. 33-9.

fr. 1 D. 33-3.

Qui duas tabernas coniunctas habebat, eas singulas duobus legavit: *quaesitum est*, si quid ex superiore taberna in inferiorem inaedificatum esset, *num* inferior (?) oneri ferundo in superioris tabernae loco containeretur. *respondit* servitutem impositam videri.

Il testo è certamente guasto nella parte che segue il *num*; le correzioni del Mommsen ad h. l. non mi persuadono; invece è felice quella del Cuiacio ¹⁾ che scrive *legato* per *loco*. Ma tutto ciò non ha importanza alcuna, perchè la nota giulianea che segue, ci assicura che il giurista avea veramente, nella specie, ritenuta imposta la *servitus on. fer.* sulla *taberna* inferiore. Il responso è celebre, perchè in esso si è creduto trovare un forte appoggio per quella dottrina che ammette anche nel d. r. la possibilità di una tacita costituzione di servitù, per destinazione del padre di famiglia.

È noto anzi che in base alla famosa e fortunata distinzione delle servitù in *continue* e *discontinue*, ignota al d. r., Bartolo, nel commento alla nostra legge, espose ed introdusse nella dottrina il principio della costituzione tacita della servitù, ammessa ogni qual volta tra il predio trasferito e l'altro rimasto presso lo stesso proprietario, fosse già esistito un rapporto di dipendenza, per mezzo di una disposizione materiale di cose continua e permanente, rispondente al contenuto di una servitù.

Ed invero non è questa l'unica decisione che almeno esteriormente appare molto seria per quella tesi, ma sul proposito io ho espresso la mia opinione in altro lavoro che vedrà ben presto la luce, posso quindi in questo luogo limitare il mio esame al testo di sopra trascritto con riferimento esclusivo al diritto classico. A voler ben considerare la cosa, i commentatori e gli scrittori — e parlo anco di coloro che accusano il giurista rispondente d'inconsideratezza — hanno voluto leggere nel testo un pò troppo, affermando che la nostra decisione sia determinata da questa o quell'altra ragione, quando essa non contiene alcuna motivazione.

¹⁾ Cuiacio o. c. vol. VI. p. 491 seguito da Pothier ad h. l. e Mommsen.

Non nego che spesso, anzi il più delle volte, si possa rintracciare la *ratio decidendi* su cui una decisione si poggia, quantunque non sia dal giurista espressamente rilevata o in altro modo accennata, ma allora è sempre necessario che essa trovi riscontro in altre decisioni analoghe dei giureconsulti, o per lo meno che quella data *ratio* risponda ai principi generali dell'istituto in questione, e che non sia, in ogni modo, in urto con gli stessi. Ma nel nostro caso, invece, tutte queste condizioni sono sfavorevoli, e allora, come dicevo, bisogna convenire che nel testo si è voluto leggere quel che non c'è. Infatti la costituzione tacita di servitù è implicitamente negata le cento volte che dai giuristi romani si richiede per l'esistenza della stessa un'espressa imposizione; ¹⁾ è negata da quelle forme solenni, clausole, stipulazioni che sappiamo essere nel d. r. necessarie per la loro costituzione; ²⁾ ed è negata infine dal fatto che da nessun altro testo risulta con la desiderata evidenza un simile modo di costituzione, ³⁾ e che nemmeno una controversia è constatabile in proposito fra i giuristi romani. ⁴⁾

Tutto ciò premesso, è evidente che la decisione che ci è riferita nel nostro fr. non può poggiare sul concetto della costituzione tacita di servitù. Notevole è in proposito, che Giuliano nella sua nota non la combatte, ma tende solo a limitarla e delucidarla rilevando quei tali presupposti — *nominatim imposita* — *uti nunc est do lego* — che si richieggono perchè si possa dir vera. Ciò fa dunque, più ragionevolmente, supporre che il giurista ri-

1) fr. 66 D. 18-1; fr. 10 D. 8-4; fr. 30 p. D. 8-2.

2) Gaio II, 28 e seg.

3) Per la legge 31 D. 8-3, che suole richiamarsi dagli scrittori in appoggio dello assunto contrario fu detto innanzi. La L. 35 D. 8-2 (Papin. VII quaest.) si spiega necessariamente coi principii della comunione del muro medio, come emerge anche evidente dal fr. 4 D. 33-3 (Giavoleno IX *epist.*) e dalla L. 37 D. 8-2, che segue immediatamente l'altra di Papiniano, e che appartiene per di più a Giuliano (VII *dig.*) — Riguardo poi agli altri fr. meno importanti citati dagli scrittori, e pertinenti alla materia de' legati, è evidente che in essi trattasi di servitù che deve essere *imposta* o, più semplicemente, di casi di accessione. Confr. Simoncelli O. C. p. 8 e seg.

4) Non mi occupo qui della questione, che non è stata finora posta dagli scrittori, se nel d. giustiniano *soltanto* sia possibile una costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia, perchè sarà trattata da me e affermativamente risolta nel lavoro di sopra accennato.

spendente avesse deciso in quel modo anche in base a quegli elementi di fatto, i quali non essendo espressi nel consulto, furono da Giuliano rilevati. Nei responsi ciò accade di frequente; molte note de' giuristi posteriori hanno in tali casi un carattere puramente delucidativo, e che ciò debbasi ritenere anche nel nostro fr. si desume poi dal fatto, che il consulto riferito nel testo non dice in quali termini il legato delle due tabernae fosse stato lasciato. ¹⁾

*
**

fr. 61 D. 6-1.

Minicius interrogatus, si quis navem suam aliena materia refecisset, num nihilominus eiusdem navis maneret, respondit manere.

Per la critica della nostra opera è questo il fr. più importante. In esso infatti Minicio appare, in modo affatto eccezionale, un giurista rispondente — *Minicius interrogatus* —, ed essendo il suo responso esposto in forma indiretta, si potrebbe essere indotti a credere che qui Giuliano avesse riferito il contenuto del suo esemplare, con parole proprie. Così infatti hanno pensato, fra altri, i corifei della critica romanistica il *Cuiacio* ed il *Lenel*; i quali perciò argomentano generalmente, che Giuliano in più luoghi della presente opera seguì il sistema di esporre i responsi di Minicio. Per me invece è erronea questa conseguenza, perchè una più attenta osservazione può mostrare affatto infondato l'appoggio che essa ha apparentemente trovato nel nostro testo. In tutta l'opera, ed in parte ciò s'è visto, non vi ha esempio che Giuliano riferisse il contenuto del suo esemplare; egli invece lo trascrive sempre integralmente, e vi aggiunge quell'osservazioni che crede necessarie. Il nostro fr. fu esposto, invece, in questa forma dai compilatori, i quali, altre volte, anche in quest'opera, si limitarono ad estrarre dal testo originale il concetto o le parti sostanziali, riferendole in forma indiretta. ²⁾ E per provare che nel nostro caso fu fatto veramente così dal commissario, posso ora addurre argomenti inoppugnabili. Si deve, innanzi tutto, esclude-

¹⁾ Confr. Bullettino, vol. VII. p. 228, nella prima parte di questo lavoro.

²⁾ Confr. avanti. Bull. vol. VII p. 228 e seg.

re che quel periodo fosse stato scritto da Giuliano, perchè egli non avrebbe usato il *num* ¹⁾ che non adopera *mai* nelle sue opere. Se è noto che i romani, anche quando citano un testo, sostituiscono volentieri alle parole dello esemplare altre equivalenti, che hanno più alla mano; ²⁾ non si può mai supporre che qui Giuliano, riferendo in forma indiretta il responso, si fosse appigliato a quella forma affatto estranea alla sua maniera di scrivere. Il *num* è dunque uscito dalla penna di Minicio, a cui era familiare, e i compilatori lo riprodussero, perchè avevano l'abitudine, nell'adattare i testi come meglio credevano, di conservare le stesse parole.

Ma vi ha ancora di più; se Giuliano si fosse accinto qui a riferire il responso di Minicio, in forma indiretta, avrebbe dovuto poi egli aggiungere la sua osservazione scrivendo in prima persona, come è costante sua abitudine, e come poi era necessariamente richiesto dalla logica. Infatti sarebbe stato strano che Giuliano riferendo un'opinione altrui indirettamente, avesse aggiunto poi la propria osservazione premesse le parole: *Iul. notat*; sarebbe ciò dico strano, e nelle opere epitomate o nei commentarii dei giuristi romani, dove è frequente la relazione di opinioni altrui, non ve ne ha esempio. ³⁾ Tutto ciò, invece, si spiega

1) Avverto, quantunque non ritengo possa avere alcuna importanza, che nell'ediz. Gebauer Spangenberg trovo notato che in alcuni manoscritti della Vulgata si legge nel nostro testo *an*.

2) Vedi esempi in *Kalb*, Romsuristen p. 131 n. 1, e confr. Kipp. nella *Kritische V. (N. F.)* vol. 14 p. 537, 538.

3) Solamente nelle opere annotate, in cui il testo era trascritto integralmente, si ritrova la forma *N. notat*, nella letteratura giuridica romana, così nei libri: *Paulus ad Plautium*; *Labeonis Pithana a Paulo epitomata*; *Iulianus ad Min.*; *ad Urseium* etc. nonchè nelle *notae* apposte da giuristi posteriori ai *dig.* di Giuliano; ai *responsa* di Scevola, Papiniano, per quanto in quest'ultime opere fosse stata l'indicazione più costantemente cancellata. Per contro, essa non si riscontra mai nelle opere epitomate da giuristi posteriori, dove alla relazione del testo segue qualche volta, tutt'al più, il solo nome dell'epitomatore o riferente, che ingiunge delle osservazioni; così nei libri di *Pomp. ad Q. Mucium* (confr. fr. 10 D. 34-2; 7 D. 33-1; 34 p. D. 34-2; 39 § 1 D. 9-2); *Iav. ex Cassio* (fr. 39 p. D. 4-8 dove lo *idem* si riferisce a Cassio), *Iav. ex posterioribus Lab.* (fr. 24 D. 7-4; fr. 64 D. 24-1 — dove è premesso il nome *Labeo*); *Paulus ad Vitellium*; *Pomp. ad Plautium*; *Alfeni dig. a Paulo epitomata* (per questi ultimi v. Ferrini — *Bullettino* vol. IV p. 1 e seg. Lenel, *Paling.* vol. I p. 37. n. 1.) — *Labeonis posteriores a Iav. epitomati* (fr. 42 D. 40-12 dove il testo è riferito in forma indiretta e segue un'osservazione di

agevolmente, ritenendo che nel fr. noi abbiamo una relazione del testo originale annotato, fatta dai compilatori: *Minicius interrogatus... Iulianus notat*. Ed i compilatori hanno lasciato poi di fatto la traccia della loro mano nel *non posse*, per il quale mi è gradito lasciar la parola qui ad uno de' migliori conoscitori delle nostre fonti, al Prof. Ferrini, il quale già scriveva " oscure sono le parole che seguono in quel passo „ *sed si.... non posse*. Il senso è chiaro,... ma le parole *non posse* a che si riferiscono? Al verbo *manere*, no di sicuro, poichè la nave prima di essere edificata *non è* e quindi non può rimanere in nessun modo..... Bisogna ammettere che sia caduta qualche parola, p. es. *navem eius esse*, o simili. „ ¹⁾

E dopo le osservazioni del nostro insigne critico non azzardo aggiungere altro. ²⁾

E se non si può dubitare che il responso non che la nota giulianea furono dai compilatori *obliqua oratione* riferiti, si deve pure ammettere che anche l'indicazione della nota fu spostata e messa dopo il *non posse*; e ciò perchè il *Iul. notat* non aveva più l'ufficio di delimitare quanto era stato scritto da Giuliano, ma costituiva una semplice citazione dei compilatori, come appare anche dall'infinito *posse*, che è retto dal verbo *notat*.

La punteggiatura quindi di questo testo, come accennai già nella 1^a parte del lavoro, non deve essere quella seguita oggi dai più: ³⁾

Giavoleno.) Lo stesso dicasi degli stessi commentari di *Ulp. ad Sabinum* (confr. V. F. 269 e Lenel Paling. Ulp. n. 2903). E questa differenza era del resto logica, perchè dove il giurista riferiva con parole proprie il contenuto d'un testo, non era, per lo più, necessario distinguere con particolari segni le proprie osservazioni, che erano nettamente indicate dalla costruzione diretta del periodo.

1) Appunti sulla dottrina della specificazione, in questo Bull. vol. II p. 223. La mia ricostruzione del resto del periodo tentata nel vol. VII p. 229 del Bull. non ha altra pretesa che quella di chiarire il testo.

2) Forse però si potrebbe ancora osservare, che la motivazione « *nam proprietatis totius navis carinae causam sequitur* » non risponde per nulla al caso da Giuliano aggiunto della costruzione della nave; ma piuttosto a quello contenuto nel responso; crederci dunque che essa seguiva, nel testo originale, la decisione del giurista: *manere: nam cet.*

3) Confr. Cuiacio vol. VI p. 507; Haloander, Taurellio, Schulting (notae ad p.) Pothier, Lenel ad h. l.

sed si in aedificanda ea idem fecisset, non posse. *Iulianus notat*: nam proprietates totius navis carinae causam sequitur.

ma sibbene quest'altra:

sed si.... non posse *Iulianus notat*: nam etc.

Il Mommsen nell'*editio maior* aveva seguita quest'ultima; ¹⁾ ma ricadde nell'errore nella *ed. minor*, di che fu anche lodato dallo Czyhlarz. ²⁾

E rimando a luogo più opportuno, al § 10, altre osservazioni critiche su questo testo; per ora, seguendo il sistema tenuto per gli altri frammenti, dirò brevemente del suo contenuto, che apportò non poche difficoltà agli interpreti antichi³⁾.

La questione se la *refectio* della nave, fatta dal proprietario con materiale d'un terzo, avesse effetti per la proprietà della stessa, poteva presentarsi solamente ai Sabiniani. È celebre infatti la controversia agitata fra le due scuole di Roma, riguardo agli affetti della *specificatio* di cose altrui ⁴⁾. I Sabiniani attribuirono la *nova species* al proprietario della materia, e credevano così seguire il dettato della *naturalis ratio*; il dominio della materia, dicevan essi, attrae a sè anco la *nova species*, come l'effetto deve seguire la causa efficiente: *quia sine materia nulla species effici possit*. I Proculiani, invece davano la prevalenza al fatto della occupazione ⁵⁾ mediata per via della creazione: *quia quod factum est antea nullius fuerat*.

Nel caso dunque che il proprietario della nave avesse eseguito sulla stessa riparazioni con tavole di un terzo, per i Proculiani non vi era luogo a dubbio alcuno, essendo lo stesso proprietario della nave lo specificatore. Con la dottrina dei Sabiniani, invece, una ragione di dubbio (*num nihilominus*) poteva insorgere se mai quel fatto avesse prodotto un mutamento nella proprietà della nave. Ma nel caso di semplice *refectio* nemmeno questi cre-

1) E così già la Glossa, Gotofredo, Gebauer-Spangerberg, Beck. Kriegel ad l. 1.

2) Serie dei libri 41, 42 del Glück, p. 295 n. 90.

3) Alcuni anzi lo fraintesero in modo strano: conf. Fabro (A.) *Coniecturae* l. XX p. 157 e seg. ad leg. 61 de R. V.; Donello opera l. IV C. XII; Hilliger *Nota ad Donellum*. n. 3 al cap. cit.; Hubero (Z.) *Dissertationes iurid.* pars. II p. 316, 317.

4) Gaio II 79; Iust. II, 1 § 25; fr. 7 § 7 D. 41-1 Conf. sulla questione Ferrini art. cit. nel Bull. vol. II p. 182 e seg.; Pernice, Labeo (2 ediz.) vol. II p. 321 e seg.

5) Confr. ancora Vangerow—Pand. vol. I § 310.

dettero si dovesse applicare la loro teoria; e ciò perchè le agguinzioni lasciano la nave identica a sè stessa¹⁾, cedono anzi come accessioni alla medesima, e non era quindi il caso di parlare di una *nova species*²⁾, o di trasformazione di una specie in un'altra. Su questo punto erano perciò le due scuole d'accordo; anzi Proculo, citato da Paolo (l. 14 ad. Sab.), indica come diritto al suo tempo vigente tale decisione, e si riporta già a Servio e Labbeone³⁾. Anche di Sabino abbiamo una soluzione in questo senso, che quantunque si riferisca all'usufrutto, è tuttavia dominata dallo stesso ordine di idee⁴⁾. Come si vede dunque, nel nostro fr., la nota giulianea ha solo un carattere esplicativo; il giurista, che segue qui le orme della sua scuola, ingiunge la decisione opposta nel caso che la nave fosse *ex novo* costruita con tavole altrui.

Come è risaputo in questa controversia Giustiniano s'attenne alla *media sententia*, che appare già nelle opere di Paolo sviluppata, ⁵⁾ e accolse quindi nella compilazione il principio, che la nave costruita con materiale d'un terzo appartenesse allo specificatore. ⁶⁾

* * *

fr. 33 D. 17-1.

Rogatus ut fideiuberet si in minorem summam se obligavit, recte tenetur: si in maiorem Iulianus verius putat....

1) Criterio decisivo per la individualità della nave è anco per i romani la *carina*; confr. fr. 24 inf. de leg. I; 83 § 5 D. 45-1; 65 § 2 de leg. I e per questi fr. Ferrini e Legati p. 594 e seg. — Gotofredo, ad h. l. fraintese la parola *carina* che spiega *materia navis*.

2) Confr. Ferrini l. c. Troppo oltre va il Bechmann, Zur Lehre vom Eigentums-erwerb durch Accession p. 63 n. 2 che abbandona del tutto per le *universitates rerum* c. il concetto della *specificatio*. La nota di Giuliano nel nostro fr. contraddice già, per la nave, l'assunto dell'illustre maestro. Confr. anche Vangerow Pand., vol. I § 310 nota in princ.

3) Fr. 26 § 1 D. 41-1 — confr. fr. 23 § 5 D. VI-1 ove è citato Cassio.

4) Fr. 10 § 7 D. 7-4 (Ulp. 17 ad Sab.) — Per il contenuto poi di questo fr. v. contro Paolo; fr. 83 § 5 D. 45-1 e fr. 98 § 8 D. 46. 3.

5) Confr. fr. 24 D. 41-1; 78 § 4 D. de leg. III; fr. 12 § 3 D. 10-4; Cuiacio, vol. VII p. 525 — Donello Com. l. IV c. 12 — Dernburg. Pand. vol. I § 204 n. 9; Czyhlarz O. C. p. 300 e seg. Ferrini l. c. p. 324 — dal quale ultimo tuttavia dissento circa il requisito della *bona fides* che secondo me fu richiesto dalla *media sententia*.

6) Fr. 26 p. D. 41-1. Per la punteggiatura di questo testo v. Lenel, Pal. I. p. 1288 n. 3.

Dimostrai già ¹⁾ che i compilatori anco qui riferirono *obliqua oratione* il contenuto del testo, lasciando tracce evidenti della mutilazione operata. La questione proposta dal giurista restò svisata, e la forma del periodo fu già dallo Iensio notata nelle sue *Stricturae*. ²⁾

*
* *

fr. 76 D. 3-3.

Titius cum absentem defenderet, satisdedit et priusquam iudicium acciperet desiit reus solvendo esse: quam ob causam defensor recusabat iudicium in se reddi oportere. *quaero an id ei concedi oporteat.*

Confr. vol. VII p. 225 di questo Bullettino.

*
* *

fr. 23. D. 46-8.

Procurator cum peteret pecuniam, satisdedit amplius non peti: post iudicium acceptum extitit, qui et ipse procuratorio nomine eandem pecuniam peteret; quaesitum est, cum is, qui postea peteret, procurator non esset et propter hoc exceptionibus procuratoriis escludi posset, *num fideiussores prioris procuratoris tenerentur.*

Confr. eod. p. 237 e seg.

*
* *

fr. 60 D. 47-2.

Si is qui rem commodasset, eam rem clam abstulisset, furti cum eo agi non *potest*, quia suum recepisset et ille commodati liberatus esset....

La nota di Giuliano che segue: *hoc tamen ita accipiendum est* - fu già dimostrata; confr. eod. p. 253 e seg. Ma anche in questa prima parte del testo appare la mano dei compilatori, che certamente cancellarono il nome del giurista rispondente *N respondit* - e mutarono l'infinito *posse* in *potest*. La prova di ciò è data dalla motivazione, in cui i verbi al congiuntivo accusano ancora la costruzione indiretta del periodo originale. Il Lenel Paling. ad. h. l. - avvertì già questa menda, ma suppose che

1) Bull. vol. VII p. 230 e seg.

2) Conf. p. 122 — Vedi anche Lenel. Paling. addenda et emendanda ad. h. l.

Giuliano avesse anche qui riferito il contenuto del testo, e che i compilatori avessero fatto scomparire il *Minicius respondit*; il chè, come s'è visto, non è conforme al vero.

* * *

fr. 12 D. 33. 5.

Servo generaliter legato.....

Confr. eod. p. 255.

* * *

fr. 8 D. 41-4.

Si quis, cum sciret venditorem pecuniam statim consumpturum, servos ab eo emisset, *plerique* responderunt eum nihilominus bona fide emptorem esse. ¹⁾

Confr. eod. p. 255 e seg.: ²⁾ se non che ora, dopo più maturo esame, attribuirei meglio ai compilatori le parole inserite nella nota: *quomodo enim mala fide emissee videtur, qui a domino emit* - piuttosto che ad uno studioso; e ciò perchè, di fatto, per i compilatori la questione della usucapione, e quindi della *b. fides*, poteva solo presentarsi nel caso di compra *a non domino* o da persona incapace. Anche altre volte, esempio nella publiciana - fr. 1 p. D. VI-2 - hanno essi inserito le parole *non a domino* nei testi.

* * *

fr. 27 D. 38-1.

Si libertus artem pantomimi exerceat, *verum est* debere eum non solum ipsi patrono, sed etiam amicorum ludis gratuitam operam praebere.

Confr. eod. p. 260 e seg. e aggiungi il fr. 25 § 1, 2 D. 38-1 (Iul. 65 dig.).

* * *

fr. 49 D. 23-3.

Vir ab eo, qui uxori eius dotem facere volebat, certam pe-

¹⁾ Ordinariamente si mette qui una virgola, invece del punto; ma è evidente che il responso chiude con la parola *esse*.

²⁾ A. p. 257, n. 1, trovasi cit. per errore il fr. 35 invece del fr. 37; ma anche l'argomento che volevo ricavare da questo fr. è da me ora abbandonato, perchè in esso la proposizione: *nisi forte...*, *sollicito*, fu certamente inserita dai compilatori.

cuniam eo-nomine stipulatus est, deinde acceptam eam fecit: *quaerebatur, essetne ea pecunia in dotem, respondit:*

Confr. *eod.* p. 261 e seg.

* *

fr. 7 D. 41-7.

Si quis merces ex nave iactatas invenisset, *num* ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictae, *quaeritur:*

Confr. *eod.* p. 264 e seg.

* *

fr. 10 D. 41-4.

Servus domino ancillam quam subripuerat, pro capite suo dedit: ea concepit: *quaesitum* est, an dominus eum partum usucapere possit. respondit....

Confr. avanti ad h. 1.

* *

Nell'elenco dei fr. miniciani non va trascurata una citazione del *L. IX ad ed.* di Pomponio, dove Minicio è ricordato come referente di un responso di Sabino: *Sabinum respondisse Minicius refert.*

La notizia poté essere attinta da Pomponio direttamente dall'opera originale di Minicio, come vedremo; ed in questo senso può giustificarsi il giudizio del Lenel che nella sua *Palingenesia* riporta la citazione altrove, sotto la rubrica "Minicius"; ma, d'altra parte, abbiamo ora gravi indizii per ritenere che l'opera di Minicio fosse una sola, quella annotata da Giuliano, in cui erano precisamente riferiti responsi e disputazioni di scuola, raccolti dal nostro uditor dalla viva voce dei capi Sabiniani.

Credo dunque giustificato in questo luogo l'esame del fr. accennato, che è anche importante per la critica dell'opera nostra.

fr. 6 § 4 D. 19-1.

Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. sed si vas mihi vendideris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdidderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum duntaxat praestare te debere. Labeo con-

tra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id ¹⁾ actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est hoc verum. *quod et in locatis doliis praestandum Sabinum respondisse Minicius refert.*

Il responso sabiniano qui accennato fu accolto e riportato da Cassio nelle sue opere, ²⁾ e si legge nei nostri digesti, riferito da Ulpiano 32 *ad ed.* nel

fr. 19 § 1. D. 19-2

Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita *Cassius scripsit*. aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita *Servio, Labeoni, Sabino* placuit.

Per Sabino e Cassio, dunque, il venditore ed il locante debbono prestare *id quod interest*, nel caso che la cosa consegnata, per vizii occulti, non fosse quale il contraente avea ragione di supporla. Nè importa poi che il venditore ignorasse le condizioni della cosa, perchè in questi contratti si fa valere il concetto sancito dagli edili curuli nell'editto, che nel commercio chi trasferisce ad altri una cosa deve avere piena conoscenza dello stato vero della stessa; la *ignorantia* è già una colpa.

Oltre che dai fr. surriferiti, appare da altre decisioni che lo stesso concetto fu seguito da Labeone (fr. 60 § 7 D. 19-2 *a Iav. epit.*); e noi sappiamo, di più, che la giurisprudenza classica già con Labeone, manifestò la tendenza a voler allargare il campo d'applicazione dell'editto edilicio ad ogni genere di vendita. ³⁾ È naturale però che il principio posto dagli edili non poteva essere rigorosamente seguito in ogni caso, e gli stessi giuristi citati ne fanno eccezione, allora quando il venditore o il locante, per la natura della cosa, si trovasse nell'impossibilità

1) Meglio Mommsen ad h. l. « *ut id, nisi in cet.*

2) Cassio riporta altre volte responsi di Sabino; confr. i fr. 22 D. 12-1 e fr. 4 D. 13-3 già esaminati.

3) Confr. Vangerow Pand. vol. III § 60; II n. 2; Arndts-Serafini, Pand. vol. II § 304 n. 5.

di poterne conoscere i vizii occulti, come p. es. se nelle terre da pascolo locate nascessero delle erbe velenose. ¹⁾

Ma il tentativo di Labeone in questo punto, quantunque ebbe fortuna presso i giuristi posteriori, fu certamente con vigore combattuto da Giuliano. Ciò ci viene attestato da diverse decisioni in contrario, che si riportano al nostro giurista.

fr. 13 p. D. 19-1 (Ulp. 32 ad Sab.)

Iulianus libro XV inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem; si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei. ²⁾ (Confr. §§ 1, 3 *eod.*). Fr. 45 D. 18-1 (Marcianus IV regul.) ³⁾ in qua et Iulianus est, qui ait, si quidem, ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si (*vas*) aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.

La dottrina di Giuliano non dà luogo a dubbio alcuno; Marciano e Ulpiano la riferiscono fedelmente, nonchè il suo discepolo

1) Confr. fr. 19 § 1 cit. (19. 2); fr. 21 § 1 D. 19. 1 (Paolo 33 ad ed.)

2) Il seguito di questo fr.: *sive... sive... erit praestandum* potrebbe essere dei compilatori.

3) Nell'introduzione il fr. dice: *Labeo* libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatius placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. quam sententiam et Pomponius probat,.... parrebbe dunque che Marciano accennasse, nella nostra questione, all'accordo fra Labeone, Pomponio e Giuliano; ma ciò di fatto non è; perchè in questa prima parte del fr. si tratta di tutt'altro, cioè che il compratore può chiedere un indennizzo solo quando ignorasse i vizii della cosa, e su ciò non vi ha, che io mi sappia, alcuna divergenza fra i giuristi romani. La questione nostra appare soltanto nella continuazione, e qui di sicuro Giuliano espone idee diverse da quelle seguite da Labeone e Pomponio. Certamente è poco lodevole questo cumulo di questioni diverse che leggiamo nel fr., ma io tendo a credere che la colpa non sia del giurista, ma piuttosto dei compilatori, che appiccicarono al testo di Marciano altro brano, che seguiva forse, in luogo opportuno, nella stessa opera o in altra.

Ciò si argomenta anche dalla doppia citazione con forma diversa: *quam sententiam* et P. probat in qua et I. est. Analoga spiegazione in parte dà il Mommsen (F.) Beiträge zum Obligationen Recht I (nelle *Berichtungen* al § 18 p. 203) p. 412. Diversamente il Pernice *Labeo* II p. 324 n. 27, la di cui interpretazione di questo fr. è certamente poco felice.

Africano che la segue, e ne fa anzi applicazione pel contratto di locazione. ¹⁾

Per essa la responsabilità del venditore a prestare l'interebbe, è limitata al caso in cui egli fosse stato a conoscenza dei vizii della cosa, e dolosamente li tacque; che se invece li avesse ignorati, lo si riteneva obbligato soltanto a restituire la differenza del prezzo.

Giuliano dunque restava qui, in parte, più attaccato ai principii dello *ius civile*, ²⁾ per il quale si riconosceva la responsabilità del venditore nel caso di dolo; quando cioè egli avesse (*reticere dolose*) taciuto dei vizii che affettavano la cosa. Come è noto, già anche questa era un'estensione introdotta dalla giurisprudenza, laddove per le XII tav. la responsabilità colpiva soltanto colui che avesse mentito nella *nuncupatio*. ³⁾

La decisione di Giuliano è del resto più conforme alla natura del contratto di vendita e locazione, e ragionevolmente si può sostenere, a parte altre ragioni, che sia quella accolta dai compilatori.

Ritornando infine al nostro fr. 6 § 4 (19-1) è ancora da osservare, che Pomponio, nell'introduzione dello stesso, espone dapprima la opinione che sappiamo essere sostenuta da Giuliano, e indi aggiunge quella di Sabino, tratta dall'opera di Minicio, e l'approva.

Ma se Pomponio, tanto largo nel citare autorità, non riporta in questo fr. il nome di Giuliano, che avrà annotato al solito quel responso di Sabino, è facile supporre che egli abbia avuto

1) Confr. fr. 33 D. 19-2 (Afr. 8 *quaest.*) dove dalle parole « *similiter igitur* » in poi si ha un'osservazione di Africano. Confr. anche fr. 61 § 3 e seg. D. 47-2 (Afric. *codem*) e Paolo 33 ad ed. fr. 21 § 2 D. 19-1.

2) Diversamente vide le cose Donello, Com. I. XIII C. III § 13 — che credette *non dubio* la distinzione giulianea fosse tratta *ex edicto aedilicio*. La conciliazione delle surriferite leggi si tentò dagli scrittori in più modi; Cuiacio, Opera vol. VII p. 1216, riferisce le decisioni di Labeone, Sabino etc. a casi di *intolerabilis et inexcusabilis ignorantia*; Donello l. 13 C. III § 14 differenzia i casi sostanzialmente, ma in modo artificioso; Glöck, Erläuterung etc. Theil 20 p. 91 e seg. crede che Labeone pensasse a quei casi in cui « l'integrità della cosa appartiene ai requisiti essenziali della stessa » Ma per tutti questi tentativi basta osservare che nel fr. 13. p. D. 19-1 (Giuliano) trattasi pur d'un *tignum vitiosum* (!) — L'antinomia è riconosciuta fra altri dal Dernburg Pand. vol. II § 100 n. 17.

3) Confr. Cicerone de off. III C. 16 § 65 — Paolo R. S. II, XII § II.

dinanzi l'opera originale di Minicio, di cui non era ancora stata pubblicata la seconda edizione con le note giulianee. ¹⁾

§ 7.

FRAMMENTI DUBBII.

Non è considerevole il numero di quei fr., dei quali non si può con certezza determinare l'origine; se cioè fossero estratti dalle note di Giuliano ovvero dal testo miniciano. Essi contengono, per lo più, un semplice periodo oppure una proposizione, in cui è riportata una massima od una decisione senza la corrispondente specie di fatto. Dalla forma quindi non si può qui affatto sperare alcun aiuto; ma, quel che è più, poi, nemmeno il contenuto di questi fr. offre un criterio decisivo, per attribuirsi all'uno piuttosto che all'altro giurista. Qualche volta la costruzione diretta potrebbe invero favorire l'opinione che il fr. fosse stato estratto da una nota giulianea; ma, d'altra parte, dai confronti che noterò ne' singoli casi, appare evidente che quella data decisione o regola di diritto era già, sul principio della giurisprudenza classica, generalmente accolta; e questo fatto consiglia meglio non azzardare un giudizio qualunque. In quanto alla costruzione, del resto, si deve ben ponderare che i compilatori, nell'estrarre una massima da un lungo testo, avranno potuto spesso mutarne la forma, e specialmente poi la costruzione.

*
**

fr. 67 D. 7-1.

Cuius ususfructus legatus est, etiam invito herede eum extraneo vendere potest.

Che l'usufruttuario potesse alienare l'*esercizio* del suo diritto, fu ammesso già dall'antica giurisprudenza. Non era possibile invece il trasferimento del diritto stesso, perchè inerente alla persona del titolare; e per conseguenza la *in iure cessio* dell'usufrutto ad un terzo (*extraneo*), che avrebbe importato un trasferimento

¹⁾ Ricordo, così di passaggio, che l'opera di Pomponio *ex Sab.* dalla quale è estratto il nostro fr., apparve anco prima dei dig. di Giuliano; conf. Fitting, *Alter der Schriftten*. p. 8 e seg. Krüger - *Geschichte* - p. 174 n. 5; Lenel *Paling* vol. II p. 86 n. 6.

del diritto, non era possibile¹⁾. Si è affermato invero da alcuni, che la giurisprudenza posteriore ²⁾ avesse ritenuto anco trasmissibile il diritto di usufrutto, ma i fr. che si richiamano in proposito non giustificano tale asserzione; perchè in essi, p. es. nel fr. 11 § 2 D. 20-6, si tratta unicamente di trasferimento dell'esercizio dell'usufrutto, come meglio appare dalla motivazione papiniana riportata nel fr. cit.

*
* *

fr. 11 D. 33, 2.

Habitationis legatum in singulos annos *ab initio* anni deberi constat.

Confr. fr. 12 § 1 D. 36-1 (Ulp. 23 *ad Sab.*): sed utrum *initio* cuiusque anni an vero finito anno cedat, *quaestionis* fuit. et *Labeo (et) Sabinus et Celsus et Iulianus* in omnibus, quae in annos singulos relinquuntur, hoc *probaverunt*, ut *initio* cuiusque anni huius legati dies cederet. [Confr. inoltre, fr. 10 D. 36-2 (Ulp. *ad Sab.*); fr. 11 eod. (Giul. *dig.*) fr. 2 D. 33-1 (Pomp. *ad Sab.*); fr. 4 D. eod. (Paul. *ad Sab.*) . . . *Sabinus*, cuius sententia vera est, plura legata esse ait cet.].

*
* *

fr. 105 D. de leg. I.

Legatum ita erat: quae Lucius Titius mihi debet, ea heres meus Cornelio dare damnas esto: nihil amplius ex hoc legato quam *actiones suas heres praestare* debet.

Confr. fr. 85 § 5 D. de leg. I (Iul. 33 *dig.*); fr. 10 D. 34-3 (*Iul. eod.*); fr. 44 § 6 D. de leg. I (Ulp. 22 *ad Sab.*)

*
* *

fr. 30 D. 35-1.

Si separatim mihi totus fundus pure, tibi sub condicione legatus fuerit et tu decesseris, antequam condicio extiterit; non habeo necessitatem implere condicionem, utpote cum, etiamsi condicio defecerit, pars quam vindicaturus eras mihi adcreseat.

Per lo *utpote cum* conf. Kalb, Romsjuristen p. 4.

1) Gaio II, 30; Inst. II, 4 § 3; fr. 66 D. 23-3 (Pomp. 8 ad Q. M.).

2) Fr. 15 p. D. 20-1 (Gaio); fr. 8 p. D. 20-6 (Marciano).

Si tratta qui di un legato *per vind.* fatto a due persone *disiunctim* dello stesso fondo (*re coniuncti*). Ogni collegatario ha diritto ad una parte dello stesso: *partes ad singulos pertinere*; e se per una ragione qualunque uno dei legatarii non può acquistare la parte, questa si accresce all'altro: *deficientis portionem collegatario adcrecere* ¹⁾ Nella specie del nostro fr. la morte di uno dei collegatarii, prima dell'avverarsi della condizione, ha fatto sì che questo legato resti inefficace, e quindi non può aver più luogo, come felicemente dicevano gli antichi interpreti, un *ius decrescendi* ²⁾

* * *

fr. 22 D. 8-2.

Qui aedificium habet, potest servitutem vicino imponere, ut non solum de his luminibus, quae in praesentia erunt, sed etiam de his quae postea fuerint caveat.

È noto che già Labeone tende a favorire la costituzione di una servitù d'acquedotto che non avesse, per il momento, alcuna utilità per il fondo dominante, o di cui non fosse possibile l'esercizio per un dato tempo: confr. fr. 19 D. 8-1 (*Labeo l. IV post. a Iavol. epit.*) *existimo*. Anzi da Paolo (*ad ed.*), che riporta la opinione di Labeone, apprendiamo che la possibilità di costituire una servitù, in tali condizioni, fu dapprima ammessa in favore degli edifici, e che Labeone si servi appunto di quest'argomento per sostenere la sua tesi.

fr. 10 D. 8. 3 nam si liceat nondum aedificato aedificio servitutem constituere, quare non aequè liceat *cet.*

In quanto alla *servitus luminis* poi, come appare dall'interpretazione di una clausola contrattuale, riferita da Pomponio (*ad Sab.*), nel fr. 23 p. D. 8-2³⁾, doveva essere praticamente frequente il caso che l'atto costitutivo della servitù comprendesse anche i *lumina quae postea fuerint*.

1) Gaio II. 199; V. F. 77 = fr. 1 § 3 D. 7-2; V. Fr. 79 = fr. 3 p. D. 7-2.

2) Confr. analoga decisione alla nostra nel fr. 26 § 1 D. 35-1 (*Iul. 82 dig.*) e fr. 6 § 2 D. 7-2 Ulp. *ad Sab.* per l'usufrutto.

3) In questo fr. la decisione contenuta nelle parole « *et humanius . . . contigerit*, è dei compilatori

*
**

fr. 34 D. 8-2.

Et qui duas areas habet, alteram *tradendo* (manc.) servam alteri efficere potest.

Questa era conseguenza del principio generale: in *traditionibus* (manc.) rerum quodcumque pactum sit id valere manifestissimum est; fr. 48 D. II, 14 (Gaio III *ad leg. XII tab.*); di cui si hanno nelle fonti frequenti applicazioni, specialmente per la deduzione di servitù: confr. fr. 6 p. D. 8-4; 3 p. *eod.*; 7 p. *eod.*; 13 § 30 D. 19-1; 21 § 6 *eod.*; 33 p. D. 8-3, e per questo fr. Perozzi in questo Bull. vol. VI pag. 1 e seg.

*
**

fr. 10 D. 16-3.

nec adversus coheredes eius, qui dolo carent, depositi actio competit.

Qui trattavasi dell' *actio depositi* che va data *in solidum* contro quegli fra i coeredi, che ha dolosamente violati gli obblighi derivanti dal deposito fatto presso il *decius*; conf. fr. 9 D. *eod.* e la ricostruzione leneliana del nostro fr. (Paling. vol. I c. 485, 486). Dato il rapporto dei coeredi, che rappresentano tutti la persona del defunto, si poteva anco in questo caso dubitare se la responsabilità non dovesse essere collettiva; ma già con *Sabino*, come riferisce Paolo (62 *ad ed.*) in altra occasione, prevalse l'opinione che il dolo di una persona non potesse mai nuocere agli altri: fr. 9 D. 42-8. . . . sed *verior est Sabini sententia*. . . quia dolus ei duntaxat nocere debeat qui eum admisit . . . in solidum . . . tenebitur.

*
**

fr. 62 D. 45-1.

Servus vetante domino si pecuniam ab alio (l. *aliquo*) stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem.

Confr. fr. 46 p. D. 23-3 (*Iul. 16 dig.*) . . invito domino servus stipulatus acquirit; e fr. 32 D. 41-1: Inst. II, 9 § 3.

*
**

fr. 39 D. 41-1

Etiam furtivus servus bonae fidei emptori acquirit, quod ex re eius stipulatur aut per *traditionem* (manc.) accipit.

La furtività è un impedimento obiettivo per la usucapione sancito già dalla legge della XII tav.; ma non per questo è escluso anco l'acquisto dei frutti della *res furtiva*, se trovansi nelle mani di un *b. f. p.*; fr. 48 p. § 1 D. 41-1 (*Paul. ad Plautium*) nec interest, ea res, quam bona fide emi, *longo tempore* capi possit nec ne, veluti si *pupilli* (l. *populi*¹⁾) sit, aut vi possessa ab eoque abalienata sit bonae fidei emptori nam e contrario is, qui non potest capere propter *rei vitium*, *fructus suos facit*. Così anco la furtività del servo non osta al *b. f. p.* per quegli acquisti che sono allo stesso devoluti. [Confr. fr. 25 §§ 1, 2 D. 22-1 (*Iul. 7 dig.*) fr. 24 § 1 D. 19-1 (*Iul. 15 dig.*) fr. 31 § 1 D. 12-1 (*Paul. 17 ad Plaut.*), arg. fr. 14 D. 45-3 (*Iul. III ad Urseium*); fr. 34 D. eod. (*Iav. II ad Plaut.*) e poi v. fr. 22, 23 p. D. 41-1 (*Ulp. ad Sab.*)]

* * *

fr. 21 D. 44-7

Contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret se obligavit.

Conf. fr. 4 D. 13-3 (*Gaio ad ed.*); fr. 22 D. 12-1 (*Iul. ad Mnicium*); fr. 3 D. 42-5 (*Gaio ad ed.*) . . . contractum autem non utique eo loco intellegitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia.

* * *

fr. 29 D. 19-1

Cui res sub condicione legata erat, is eam imprudens ab herede emit: actione ex empto poterit consequi emptor pretium, quia non ex causa legati rem habet.

Confr. fr. 84 § 5 D. de leg. I (*Iul. 33 Dig.*). Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, ... quodsi pretio soluto ex testamento agere instituerit, hominem consequi debebit, *actione ex empto pretium recipere* cet.; fr. 9 D. 21-2 (*Paul. 76 ad ed.*). . . *Sabinus ait*; fr. 13 § 15 D. 19-1. (*Ulp. 32 ad ed.*).

¹⁾ E così i Basilici nella L. 47 (50-1). Vedi Lenel Paling. vol. I p. 1158 n. 9.; Windscheid, Pand. § 182 n. 11.

* *

fr. 5 p. 43. 20

Cum constet non solum temporibus, sed etiam mensuris posse aquam dividi, potest eodem tempore alius cottidianam, alius aestivam aquam ducere, ita ut aestate dividatur inter eos aqua hieme solus ducat is qui cottidianae ius habeat.

Di diritti *aquarum* divisi fra gli utenti *mensura aut temporibus*, si parla spesso nelle opere dei giuristi: fr. 19 § 4 D. 10-3; fr. 2 § 1 D. 8-3; fr. 7 D. 8-6; fr. 5 § 1 D. 8-1; e confr. specialmente fr. 4 D. 43 20 (*Iul. 41 dig.*) Per altre testimonianze confr. Sampolo (il fr. 5. D. 43-20 cit. p. 4 e segg.).

* *

fr. 50 D. 21-1

Varicosus sanus non est.

Questo fr. si riferiva allo *ed. aed.* Le malattie o difetti che davano luogo alle azioni edilicie furono già accuratamente fissati dalla giurisprudenza repubblicana, come appare da quei fr. che si riportano ai *veteres*, specialmente a Trebazio e Servio.

* *

fr. 25 D. 39-3.

Is, cuius fundo via debetur, aquae pluviae ¹⁾ arcendae agere potest fundi sui nomine, quoniam deterior via facta fundo nocetur.

* *

fr. 56 D. II-14.

Si convenerit, ne dominus a colono quid peteret, et iusta causa conventionis fuerit, nihilominus colonus a domino petere potest.

Ne' contratti sinallagmatici le parti contraenti assumono obbligazioni reciproche, che rappresentano il corrispettivo della prestazione che ognuna di esse riceve. Il negozio giuridico di tal genere, in cui non si riscontrasse la controprestazione dell'altro contraente, es. il prezzo nella vendita o nella locazione, assumerebbe altra figura giuridica: donazione, comodato etc. La *remissione* tuttavia fatta dal contraente della controprestazione, cui avrebbe diritto, non muta la natura di quel primo contratto, e lascia quindi inalterati gli effetti giu-

1) Mommsen agg. *a via* senza alcuna necessità.

ridici che dallo stesso provengono. La remissione però è per sè una nuova convenzione, che deve avere, per essere valida, un fondamento giuridicamente riconosciuto, una *iusta causa*. Il pretore in generale nel suo editto promette soltanto il riconoscimento dei *pacta iusta*; confr. fr. 7 § 7 D. II. 14; applicazioni ne' fr. 95 § 4 D. 46-3; fr. 18 D. 23-4; fr. 52 § 2 D. 2-14. Esempî di *iustae causae* per la remissione della mercede dovuta dal colono, ved. nel fr. 15 § 2 D. 19-2.

In altri casi invece la liberazione del contraente a prestare quel che deve, importa un *discedere a negotio*: fr. 5 p. D. 18. 5; fr. 23 D. 46-4.

§. 8.

CARATTERE DEI LIBRI DI MINICIO

Dopo il minuto esame dei fr. dell'opera nostra conservati nei digesti, è facile affrontare le altre questioni d'indole puramente critica, che meritano nel presente lavoro una soluzione.

Innanzitutto è utile determinare il carattere de' libri miniciani, e come essi vanno classificati per il contenuto. Il giudizio dei critici finora è stato vario e qualche volta incerto; poichè laddove il Voigt¹⁾, il Ferrini²⁾, il Karlowa³⁾ vedono nell'opera nostra soltanto una raccolta di responsi, altri, invece, osservano che spesso quelle decisioni presentano un carattere di mezzo fra le *quaestiones* ed i *responsa* ⁴⁾, ovvero distinguono addirittura i responsi dalla trattazione di altri casi pratici⁵⁾. In tutte queste opinioni vi ha del resto qualcosa di vero; ma è evidente che una risposta può esser data soltanto ora con pieno discernimento; dopo cioè che il testo contenuto ne' libri di Minicio è stato ricostruito nella forma presso a poco originale, distinto dalle note giulianee; le quali fuse, come s'è visto, il più delle volte dai compilatori

1) Über das Aelius und Sabinussystem nelle Abhandlungen d. K. S. G. d. W. vol. VII p. 321 e seg.

2) Storia delle fonti del d. r. p. 72.

3) R. R. G. vol. I p. 701.

4) Buhl, Salvius Iulianus vol. I. p. 55.

5) Krüger - Geschichte, p. 161.

con il testo genuino, dovevano necessariamente svisare qualche volta l'indole del fr., e portare a conseguenze se non erranee, certo mal fondate.

Per stabilire dunque la natura dell'opera nostra, si debbono soltanto tener presenti quei brani o fr. che sono stati con certezza rivendicati, nel presente lavoro, a Minicio. Le note di Giuliano possono tranquillamente lasciarsi da parte, perchè è naturale che queste, fossero critiche o esplicative, non potevano per nulla mutare il carattere dell'opera originale, in cui il testo rimaneva esteriormente distinto dalle aggiunte posteriori. Guidati da questo criterio si può ora facilmente rispondere al nostro quesito. L'opera di Minicio conteneva, in gran parte, una raccolta di responsi. In un numero considerevole di decisioni è dato anche ora constatare che esse riguardavano casi determinati, con speciali presupposti presentati al giurista rispondente. Ed infatti fra i 40 punti di diritto, discussi nella opera nostra, spesso si osserva ancora la forma genuina del consulto col relativo responso; di più il giurista annotatore ingiunge qua e là (in 12 decisioni) delle limitazioni o deduzioni, e ciò di frequente al solo scopo di mostrare che quella decisione si riferiva ad una specie di fatto determinata: conf. i fr.

1 D. 33-3; 60 D. 47-2; 27 D. 38-1; 61 D. 6-1; 8 D. 41-4

La citazione di Ulpiano nel fr. 11 § 5 D. 19-1 si riferisce certamente ad una nota apposta da Giuliano ad un responso; così quella di Pomponio nel fr. 6 § 4 D. *cod.*, si riporta facilmente ad un'analogha decisione di Sabino¹⁾. Non possono qui omettersi poi quelle massime contenute ne' fr. dubbi, esaminati nel § 7, delle quali almeno una buona parte, potè esser tratta dai compilatori dalle decisioni di casi singoli: confr. fr. 10 D. 16-3; fr. 29 D. 19. 1; fr. 56 D. II. 14; fr. 105 D. de leg. I; fr. 30 D. 35-1; fr. 25 D. 39-3; fr. 62 D. 45-1. E con questo risultato coincide perfettamente il fatto, che anche quei casi aggiunti da Giuliano originalmente nei fr. 18 D. 8-5, e 39 D. 24-1 non sono altro che responsi dati dal giurista.

¹⁾ Per lo *ius respondendi* di questo giurista conf. Pomponio de O. I. § 47 e vedi riguardo al *publice* la opinione particolare del Bremer, Rechtslehrer etc. p. 11 e pag 54 e seg. Per la critica del § 47 cit. v. Lencl. Pal. II p. 51 n. 1.

Ma accanto ai responsi vi hanno certamente nell'opera nostra trattazioni di punti di diritto con carattere diverso.

È notevole innanzi tutto che in 4 fr. (fr. 26 D. 22-1; 32 D. 19-2; 5 § 1 D. 43-20; 31 D. 8-3) noi troviamo il verbo *negavit*, che fa meglio pensare a *disputationes* su singoli casi, veri o finti, tenute in iscuola dai giuristi e riferite da un uditore. Il contenuto poi dei fr. cit., e specialmente dei fr. 31 e 32, trascritti fedelmente dai compilatori, si addice meglio alla *disputatio*, in cui il docente analizza un dato caso con riguardo ai suoi diversi presupposti, ovvero lo risolve discutendo opportunamente quei dubbi che potrebbero insorgere, e richiamando i principii fondamentali dell'istituto. Ma a tacere degli altri testi, in cui si legge or una motivazione accuratamente elaborata che risale ai principii generali, or una decisione adattata a varii presupposti, in maniera di sicuro poco rispondente all'indole di un responso (confr. fr. 59 D. 6-1; fr. 19 D. 46-1; fr. 206 D. 50-16); è poi oltremodo importante e caratteristico, per la tesi qui sostenuta, il fr. 22 D. 12-1, nel quale al responso di Sabino segue una *interrogatio* dello stesso Minicio, desideroso di avere ulteriori schiarimenti dal maestro. Questo gruppo di fr. dunque contiene, senza dubbio, trattazioni di singoli casi giuridici in presenza di *auditores*, e qualcuno fra essi porta ancora l'impronta della discussione di scuola.

Giuliano, nella seconda edizione, poté quindi, senza alterare l'indole dell'opera, aggiungere l'esame di altri punti di diritto, a suo tempo controversi, in forma di *quaestiones*, come appare chiaramente dal fr. 30 D. 40-12. Quest'ultimo fr., infatti, in cui è combattuta e messa in ridicolo l'opinione contraria, in cui il giurista si richiama all'autorità di Sabino e Cassio, ha, in modo spiccato, il carattere di una *quaestio*.

§. 9.

ORDINE DEI LIBRI

Anche per ricostruire il sistema che era seguito nell'opera nostra bisogna tener conto unicamente dei fr. miniciani. Infatti qui vale, ed a più forte ragione, quel che si è detto nel § precedente; le note di Giuliano non potevano affatto influire sull'or-

dine delle materie, ed escluso poi in modo assoluto, che Giuliano avesse rifiuto il materiale che presentava il suo esemplare, è d'uopo ammettere, che anco la trattazione dei nuovi punti di diritto aggiunti all'opera, fu intercalata ne' luoghi opportuni, senza che fosse punto variato il sistema originario. Ciò è anco dimostrato dalla posizione che occupavano nell'opera i tre fr., che rivendicai a Giuliano.

E stabilito questo punto, l'ordine dei nostri libri, poi, non offre difficoltà alcuna; perchè già il Lenel, nella sua *Palingenesia*, come è noto, curò anche la ricostruzione delle varie rubriche nelle singole opere.

Nella nostra si può constatare l'ordine seguente:

L. I. — de legatis — de operis libertorum

L. II. — de servitutibus — depositum (?) — de usucapionibus — de stipulationibus servorum

L. III. — de furtis — de arboribus succisis — de venditione bonorum

L. IV. — de venditionibus — de locationibus — de adpromissoribus — de rebus creditis — de aqua (?)

L. V. — de iure dotium — de donationibus inter v. et u. — de stipulationibus praetoriis — de aqua pl. arc.(?) — de liberali causa (?)

L. VI. ¹⁾ — de diversis actionibus.(?) ²⁾

Da questo quadro, che le parti dell'opera omesse dai compilatori non avranno potuto sostanzialmente mutare, non appare affatto che nell'opera nostra fosse seguito, come fu preteso già dagli antichi e dai moderni³⁾, il sistema dei famosi *tres libri iuris civilis* di Sabino⁴⁾; ed è cosa del resto assai poco probabile che

¹⁾ Per il libro VI confr. Cuiacio, O. c. vol. VI p. 509, il quale ne riferisce tutti i fr., ad eccezione del fr. 56 D. 2-14 e fr. 206 D. 50-16 alla rei vindicatio; pel fr. 26 D. 22-1 confr. riguardo a ciò i Basilici 26 (23-3) e Wächter, Iagdrecht cit. p. 346. Confr. poi anche Lenel Paling. vol I p. 489 n. 2.

²⁾ Confr. in Lenel Palingenesia le rubriche. vol. I da p. 484 a p. 489. Krüger, Geschichte p. 161.

³⁾ Heineccio — Historia edict, opuscula postuma l. II c. III § 33; Zimmern, Geschichte des röm. P. rechts. vol. I § 89; Voigt, Das Aelius und Sabinussystem cit. § 5; vedi contro, Lenel, Das Sabinussystem p. 17 e seg.; Kipp, nella K. V. cit. vol. 14 p. 544 e seg.

⁴⁾ V. la ricostruzione leneliana nell'opera cit. nella nota precedente, p. 90 e seg.

una raccolta di responsi o discussioni su singoli punti di diritto avesse potuto adattarsi all'ordine di un'esposizione sistematica di diritto, e non invece, come è più ragionevole, al materiale raccolto¹⁾.

§. 10

L' AUTORE DEI RESPONSI

I. Se nell'intestazione di questo paragrafo accenno soltanto ai responsi è perchè, di fatto, la nostra opera ha prevalentemente il carattere di una raccolta di decisioni pratiche; ma l'indagine presente comprende anco quelle altre trattazioni, che riconoscemmo derivate da disputazioni di scuola. A chi si debbono riportare dunque le varie decisioni che erano contenute nell'opera di Minicio? I critici — e cito per tutti il Ferrini ed il Krüger — le attribuiscono allo stesso Minicio innanzi tutto, non che poi ad altri giuristi, che s'incontrano citati nel corpo dei fr., cioè a Sabino e Cassio. Un esame superficiale dell'opera nostra non poteva invero condurre a diverso giudizio, perchè ne' nostri testi appare or la prima persona dei verbi, or la terza ed era facile quindi concludere che la prima persona si riferisse a Minicio, redattore dell'opera, la terza ad altri giuristi, dei quali erano riferite varie decisioni. L'esame fatto però nel presente lavoro porta a diverso risultato.

II. Ordinariamente nei fr. abbiamo osservato che le decisioni sono riportate *obliqua oratione*, con il verbo reggente quindi in 3.^a persona: 4 volte *negavit*, 6 volte *respondit*; la terza persona - *respondit* - si ritrova pure nei fr. 76 D. 3-3 e 23 D. 46-8, nei quali, come fu dimostrato, il giurista rispondente non era Giuliano, sibbene un altro, il cui responso fu cancellato dai compilatori e sostituito con la nota. A questa categoria appartiene pure il fr. 8 D. 41-4, dove si legge "*plerique responderunt* „ forma anche questa sostituita, facilmente, dai compilatori ai nomi dei giuristi che si trovavano nel testo, come si può dedurre dal fatto che l'indicazione della nota giuliana vi fu pure soppressa. In tal

1) Confr. Lencl. o. c. p. 19.

modo è dato constatare che ben 13 responsi di altri giuristi erano riferiti da Minicio in quest'operetta, che è a noi pervenuta in proporzioni abbastanza esigue.

III. Quei testi, invece, nei quali appare la 1.^a persona, come fu dimostrato a suo luogo, si debbono ritenere scritti da Giuliano; sia che in essi il giurista riporti responsi proprii (*respondi*, fr. 18 D. 8-5; fr. 39 D. 34-1), o che esponga una *quaestio* (*et ego sum* fr. 30 D. 40-12) o che ingiunga delle note (interesse *puto* fr. 39 D. 41-2, ma anche nel fr. 33 D. 17-1).

Ciò del resto fu osservato, come dissi, anche da Doroteo (B. 30, 48-8) la cui testimonianza in simili questioni è certamente assai attendibile. Vero è che nel fr. 22 D. 12-1 Minicio compare in scena col verbo *interrogavi*; ma qui trattasi di una interrogazione che il referente aveva diretta al maestro, e non è quindi un'eccezione alla regola generale da me posta. Semprechè dunque, nei nostri fr. la prima persona dei verbi è usata dallo scrittore per esporre opinioni proprie, essa rivela la mano di Giuliano.

IV. Finora quindi Minicio ci è noto come un semplice referente di dottrine e responsi d'altri. Né si deve opporre che il verbo *respondit* è spesso usato anche da' giuristi, (es. Scevola e Paolo) nella esposizione di responsi proprii ¹⁾, perchè, nel caso nostro, altri argomenti escludono un tale sospetto. Innanzi tutto il *negavit* non può riferirsi che ad una terza persona, e poi Minicio stesso cita in due fr. (fr. 22 D. 12-1; fr. 32 D. 19-2) gli autori dei responsi, Sabino e Cassio, citazioni che furono negli altri casi certamente eliminate dai compilatori. Se dopo tutto ciò si trae partito inoltre dalla notizia che troviamo nel fr. 22 D. 12-1, in cui Minicio appare uno *studiosus audiendi* di Sabino, è facile dedurre, che le decisioni tutte, contenute nei nostri libri, si debbano attribuire parte a Sabino, altre a Cassio, che gli successe nell'insegnamento, e che Minicio le avesse raccolte dalla loro bocca e poi rese di pubblica ragione. Questo risultato trova splendida riconferma in altri dati d'importanza ancora maggiore.

1) Mommsen, Zeitschrift f. R. G. vol. IX p. 91.

Minicio si riscontra nelle nostre fonti citato una sola volta, da Pomponio (IX *ad Sab*) nel fr. 6 § 4 D. 19-1; ma appunto in quest'unica citazione egli figura semplicemente come referente di un responso di Sabino: *Sabinum respondisse Minicius refert*. L'altro argomento potentissimo ci viene offerto poi dall'esame sostanziale delle decisioni della nostra opera; le quali, *senza alcuna eccezione*, appaiono conformi alle idee di Sabino e Cassio; di più anzi, spesse volte nel corso del lavoro ho potuto direttamente scoprire che quella data opinione da Minicio riportata, era stata appunto sostenuta dai capi sabiniani, cioè dai suoi maestri. Su questo riguardo è sufficiente che io rimandi il lettore alla prima parte del presente lavoro, e specialmente all'esame fatto dei fr. 33 D. 17-1; 76 D. 3-3; 49 D. 23-3; 7 D. 41-7; 10 D. 41-4.

V. Ma che Minicio avesse *in gran parte* riferito delle decisioni dei capi sabiniani, è già riconosciuto da tutti¹⁾; se mi fossi fermato quindi a mettere in nuova luce questa verità, avrei avuto uno scopo assai modesto. Dalle considerazioni innanzi premesse appare, invece, che la mia opinione va ancor più oltre; io sostengo, e ciò risulta evidente dall'esame dell'opera intera, non solo che Minicio riferì sempre decisioni dei capi sabiniani, ma che egli non vi aggiunse nulla di proprio; nessuna osservazione, e meno poi de' responsi. Contro questa conclusione però insorge qui l'autorità dei critici più eminenti; il Cuiacio pel primo, esaminando i nostri libri, attribuì il contenuto degli stessi a Minicio; egli suppose che Giuliano avesse riferito spesso *obliqua oratione* le decisioni del testo, e sottintende sempre ai verbi *respondit*, *negavit* come soggetto *Minicius*²⁾. Il Mommsen³⁾ segue la stessa opi-

1) Confr. Voigt, *Aelius und Sabinussystem* cit. § 5; Buhl O. C. p. 55; Krüger O. C. p. 161; Ferrini *Storia* cit. p. 72; Karlowa R. R. G. p. 701; Landucci, *Storia del diritto romano*, 2 ediz. p. 206 n. 13.

2) Così nel trattato « ad libros VI Iuliani ex M. N. vol. VI p. 449 e segg. confr. p. 493 a proposito del fr. 31 D. 8-3 — *Iulianus ait Minicium negasse*; a p. 594 pel fr. 49 D. 23-3 — *et Minicius respondit*; a p. 505 pel fr. 30 D. 40-12; p. 509 per il fr. 61 D. VI-1 qualche volta anche il Cuiacio fu in dubbio, così a p. 502 per il fr. 19 D. 46-1 — *Minicius vel Iulianus*; p. 507 pel fr. 59 D. VI-1.

3) *Zeitschrift f. R. G.* vol. VII p. 483 n. 6.

nione, ed afferma che Giuliano in quest'opera si limitò a riferire (*redigiren*) il contenuto dei responsi, che si trovavano nel suo esemplare. Ed infine, per tacere d'altri ¹⁾, il Lenel riportò dallo studio dell'opera nostra identica impressione; egli annota, nella sua *Palingenesia*, a tutti i verbi che reggono la decisione, siano in prima o terza persona, il nome di Minicius, ed esprime il concetto del Cuiacio con le parole "*Iulianus Minicii opinionem obliqua oratione videtur retulisse* ²⁾". Solo qualche volta il Lenel è restato in dubbio, cioè per i fr. 59 D. VI-1 e 18 D. 8. 5.

Ed invero non si può disconoscere che l'opinione di questi illustri scrittori l'ha avuto finora un forte appoggio in un fr. della nostra opera, cioè nel fr. 61 D. VI-1 ³⁾; nel quale a prima vista sembra di fatto che Giuliano riporti con sue parole un responso di Minicio: *Minicius interrogatus . . . respondit*. Il Mommsen si vale appunto di questo fr.; e così pure l'illustre maestro O. Lenel, ogni volta che annota il nome di *Minicius* nella *Palingenesia*, cura di richiamarlo alla memoria del lettore. Ma se il fr. 61 cit. è l'unica base forte su cui l'opinione qui combattuta si poggia, questa base è ora del tutto smantellata, dopo che ho dimostrato che il responso non fu riferito da Giuliano ma sibbene dai compilatori, dopo che s'è visto come tutte le decisioni dell'opera nostra furono fedelmente trascritte da Giuliano, e da lui soltanto annotate ⁴⁾. Una critica ponderata dunque non può trarre più alcuna conseguenza da quel testo, per determinare il carattere dell'opera. Se non che, scossa l'importanza di quel fr. per la questione più importante, resta tuttavia ancora una difficoltà da sormontare; in esso il responso è espressamente attribuito a Minicio, e il nostro redattore dell'opera appare così un giurista rispondente, che avrebbe aggiunto il suo contributo al materiale raccolto in iscuola dalla viva voce dei capi sabiniani. Or quel che io nego è appunto questo. E di vero la difficoltà che può opporre la notizia che troviamo in quest'unico testo, può essere facilmente

1) Vedi p. e. Karlowa. R. R. G. p. 701.

2) Confr. Paling. vol. I p. 486 n. 6 e vedi anco n. 3.

3) Per questo fr. confr. anche A. Augustinus, *Emendationum et opinionum* l. IV Otto, *Thesaurus* vol. IV p. 1450.

4) Per alcuni fr. ciò è riconosciuto dal Lenel, Paling. vol. I p. 487 n. 5 per il fr. 33 D. 17-1; p. 488 n. 3; in dubbio per i fr. 76 D. 3-3; 23 D. 46-8.

eliminata. Non voglio richiamare alla mente del lettore il sospetto, tante volte giustificato, che il nome *Minicius* possa essersi intro-messo nel testo per opera di un glossema, giacchè anche Stefano, nel suo *Indice*, ha nella legge corrispondente ¹⁾: ἐρωτηθεὶς . . . ὁ Μινίκιος; ma ad ogni modo è certo, che se il fr. fu riepilogato dai compilatori, come dimostrarai, si deve anco mettere a loro carico l'inserzione di quel nome. È escluso che Giuliano avesse riferito quel responso; Minicio d'altra parte non poteva scrivere di sè: *Minicius interrogatus*, perchè non vi ha esempio di una forma simile, che sarebbe del resto affatto strana, nelle opere dei romani giuristi; non resta dunque altro scampo che ammettere, che il *Minicius* sia stato nel testo aggiunto dai commissari. E se così è mi permetto di dubitare fortemente dell'attendibilità di una tale notizia; le indicazioni che ci danno i compilatori, se hanno soltanto un'importanza decorativa per nulla sostanziale, è prudente sempre accoglierle *cum beneficio inventarii*. Essi avranno potuto, nel caso nostro, scrivere quel nome, che fu loro suggerito dal titolo dell'opera, senza indagare poi se il responso era stato dato da Minicio, se era veramente Minicio il giurista *interrogatus*. Già l'uso di questo stesso verbo — *interrogare* — conforta tale sospetto, perchè esso è adoperato generalmente quando trattasi di domande fatte dagli studiosi per propria istruzione ai giuristi rispondenti o docenti, come lo adopera lo stesso Minicio nel fr. 22 D. 12-1. ²⁾ È quindi poco verosimile, dopo tutti gli elementi che abbiamo raccolti in contrario, la notizia che ci darebbe il nostro testo, in cui Minicio ci è presentato quale consulente d'autorità (*auctor iuris*), circondato di *auditores*.

E del resto è ormai risaputo che i compilatori, nel trascrivere i testi dei giuristi romani, non furono davvero scrupolosi per tutto ciò che non avesse importanza sostanziale; essi mutarono spesso, or per maggior chiarezza o per amor di brevità, ed or senza motivo alcuno le costruzioni dei periodi, i vocaboli, le

¹⁾ Zaccaria Supplemento ai Basilici p. 29.

²⁾ Confr. anche: Alfeno VII dig. fr. 26 D. 38-1. idem II dig. fr. 30 § 1 D. 19-2; *interrogatus Proculus* ... ait fr. 17 § 4 D. 21-1; *Julianus*... *interrogatus*, fr. 9 § 8 D. 12-1 e v. Ferrini, intorno ai digesti di Alfeno Varo, in questo Bull. vol. IV. p. 4 e seg.

preposizioni, i modi e tempi di verbi, e ciò perchè essi non avevano alcun interesse o obbligo di rispettare tutto ciò che riguardasse la forma.

Come le istituzioni sono un lungo discorso di Giustiniano, una grossa interpolazione, come altri felicemente disse, così ne' digesti è il legislatore che parla, Giustiniano. I nomi dei giuristi vennero in molti casi conservati per necessità, altre volte per semplice decorazione, *honoris causa*, ma anco su questo riguardo si potrebbero addurre esempi parecchi, dai quali emerge, che la *reverentia habita antiquitati* fu sentita dai compilatori in un modo assai relativo. Ciò è provato a dovizia, innanzi tutto, del fatto che i commissari fusero, quasi sistematicamente, in una le divergenti opinioni che si trovavano in uno stesso contesto; da questa fusione risultava spesso, che l'opinione accolta era precisamente opposta a quella che il giurista, che figura nella iscrizione del fr., aveva sostenuta. Come si è osservato poi nell'opera nostra, essi sostituirono, pur di frequente, una nota di Giuliano alla decisione originale, di modo che nella compilazione a Giuliano erano attribuiti responsi, che di fatto non aveva dati.

Nel fr. 21 D. 42-1 (*Paulus ad Plautium*) con le parole "*sed alio iure utimur* „ premesse a quelle del testo "*ut et Neratius scribit* „ si fece dire a questo giurista il contrario di quanto in verità aveva sostenuto, come è dimostrato ad evidenza dal confronto con altro fr. dello stesso Paolo (*ad Sab.*) fr. 17 p. D. 24-3. ¹⁾ Nel fr. 4 D. 17-1 estratto dal l. II di Gaio *ver. cott.* si legge:

sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat.

laddove nel luogo parallelo delle Istituzioni il passo è riportato altrimenti:

Inst. III, 26 § 8 — *diversae scholae auctores recte te rell.*;

il testo delle istituzioni, come di solito, è qui più genuino, e quindi è sicuro che i compilatori ne' digesti, senza andar troppo per lo sottile, sostituirono ai *diversae scholae auctores* il nome

¹⁾ Vedi per questo fr. le mie osservazioni nel Bullettino, vol. VI p. 126 e seg.

di *Proculus*. ¹⁾ Queste operazioni, data l'indole del lavoro legislativo, erano giustificate, ma sono pur frequenti, ²⁾ ed i compilatori le ebbero già tanto familiari che vi ricorsero anche quando non era necessario; così di quel povero Senatoconsulto Pegasiano non solo che si volle espulso dalla compilazione anche il nome, ma, di più, si volle, come ad onta, attribuire al Trebelliano quel poco di buono che in esso si trovava!

E se questo era il fine criterio dei compilatori, il rispetto che avevano per l'antichità chi vorrebbe poi giurare sulla verità della notizia che ci vien data nel fr. 61 cit.? Per me ritengo, e mi pare d'avere abbastanza fondata la mia opinione, che i compilatori trassero il nome di *Minicius* dal titolo dell'opera, ciò che vale, in altri termini, dalla loro testa. Minicio non fu un giurista rispondente, nè aggiunse, nell'opera nostra, qualcosa di proprio. ³⁾

1) Il Ferrini, Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano (Memorie del R. Istituto Lombardo di s. e l. vol. 18, 9 della serie III, p. 162, p. 140 n. 1) ritiene che il testo gaiano genuino fosse « *Proculus ceterique diversae scholae auctores* » ma per quanto ho potuto vedere quest'ultima forma trovasi in Gaio 2 volte; II 15, 195, una volta in Vennuleio (IV *stip.*) nel fr. 138 p. D. 45-1, laddove quella che si legge ora in questo punto delle Ist. di Giust. è assai familiare a Gaio e l'ho rilevata ben 16 volte: I 96; II 37, 79, 123, 200, 221, 244; III 87, 98, 103, 141, 167, 168, 178; IV 78, 79.

2) Confr. p. es. Gaio III, 141 con Iust. III 23 § 2.

3) Una relazione del contenuto del testo fatta in modo identico dai compilatori si trova nel fr. 6 p. D. 18, 3 [Scaevola resp.]: *de lege commissoria interrogatus ita respondit*: dove non solo è evidente che i compilatori per brevità hanno riferito il contenuto dell'esemplare, ma si ha poi una riprova di ciò nel § 1 cod. in cui Scaevola non poteva scriver di sé: *idem respondit*. Ed i commissari hanno altre volte inseriti nei frammenti nomi di giuristi a) quando riferivano soltanto il contenuto del testo, b) quando estraevano la sola decisione, tralasciando la specie di fatto: fr. 243 D. de V. S. *Scaevola respondit* [Lenel, Pal. II p. 243 n. 1]; fr. 41 § 13 D. 32 *Scaevola respondit* [Lenel, Pal. II p. 256 n. 1]; fr. 88 § 13 D. 31 *Scaevola* [precede una nota di Claudius]; fr. 6 D. 47, 6 [Scaev. IV quaest.] *recte experiri Scaevola respondit*; fr. 8 D. 3, 5 [Scaev. I quaest.] *Scaevola* [v. Aloandro ad l. 1.] fr. 78 D. 36, 1 *Scaevola respondit* [Lenel, Pal. II p. 245 n. 3]; fr. 42 D. 28, 5 [Pomp. 12 var. lect.] *ut refert Sextus Pomponius* [v. Lenel Pal. II p. 153 n. 1 e ivi citati]; fr. 21 § 2 D. 47, 2 [Ulp. ad Sab.] *ex libro octavo Pomponii ad Sabinum...* *idem Ulpianus* [Lenel, Pal. II p. 125 n. 6, p. 1161 n. 6]; fr. 12 D. 27, 1 *idem Iulianus scribit* [Lenel, Pal. I p. 714 n. 1]; fr. 15 § 16 D. 27, 1: *Ulpianus...*, [Lenel, Pal. I p. 717 n. 2].

VI. Così si spiegano agevolmente molti altri dati, che dovrebbero imbarazzare non poco lo studioso che ritenesse Minicio autore di responsi così importanti.

Il redattore della nostra opera infatti, non è citato mai per opinioni proprie dagli scrittori posteriori, e ciò sarebbe affatto incomprensibile per un giurista rispondente, vissuto in Roma nel 1.^o sec. dell'impero. ¹⁾ Lo cita una volta Pomponio: Sabinum respondisse Minicius refert, cioè, appunto nella maniera come è citato Alfeno Varo o Africano per quelle opinioni dei loro maestri che essi riferivano. ²⁾

D'altra parte, attribuendo a Sabino e Cassio il contenuto dell'opera nostra, ³⁾ si comprende assai facilmente come Giuliano poté esser indotto a curarne una seconda edizione, arricchita di note ed aggiunte; perchè una raccolta di responsi dei capi della scuola sabiniana, doveva avere per lui uno speciale interesse, e doveva ben meritare, per il valore intrinseco, una revisione come le opere di Q. Mucio e Labeone.

Se non che, l'ultimo grande rappresentante della scuola sabiniana mostrò anche in quest'opera l'indipendenza del suo carattere e l'elevatezza della sua mente, che lo portava a seguire un indirizzo proprio, senza piegarsi ciecamente alle opinioni di una setta, qualunque si fosse. Nelle sue note Giuliano respinge spesso la dottrina della scuola sabiniana, ed accetta quella sostenuta dai proculiani: confr. specialmente fr. 33 D. 17-1 e fr. 49

¹⁾ Degli altri scrittori, dei quali sono a noi pervenuti un certo numero di decisioni, non si riscontrano citati: Anthianus, T. Clemens, Callistratus, Florentinus, Aquila, Licinius Rufinus, Rutilius Maximus, Macer; ma per tutti a tacere di Gaio (per il quale confr. da una parte Krüger Geschichte p. 190 n. 51; p. 150 n. 50 e autori ivi cit. e dall'altra Lenel, Paling. vol. I p. 251 n. I) si può trovare una ragione ben plausibile, sia perchè vissero in provincia, oppure perchè scrissero negli ultimi momenti del periodo classico, essendo contemporanei dei giuristi compilatori. Non mi sfugge tuttavia che nelle identiche condizioni si troverebbe *Vitellius*, la di cui opera fu rimaneggiata da Sabino, Cassio e poi da Paolo; ma anco di quest'opera e del suo autore a me pare conosca finora la critica ben poco per poterne trarre un qualsiasi argomento.

²⁾ Confr. fr. 6 p. D. 33-4 (Labeo, II *post.*) *Alfenus Varus Servium respondisse scribit*; fr. 12 § 6 D. 33-7 (Ulp. *ad Sab.*) *Servium respondisse auditores eius referunt*; fr. 45 p. D. 19-1 (Paolo V *quaest.*) *Iulianum agillasse Africanus refert*;

³⁾ Anche per quest'opera il Bremer. o. c. p. 49, mette innanzi l'opinione che fosse un commento ai *tres libri iuris civilis* di Sabino fatto da Minicio, su cui poi Giuliano avrebbe tenuto lezioni, dalle quali sarebbero derivate le note (!).

D. 23-3, il che prova certamente che l'educazione scientifica del nostro giurista era matura quando egli intraprese la pubblicazione di questi libri. Invero i fr.ⁱ dell'opera non ci apprestano nessun indizio per poter determinare in qual tempo ciò sia avvenuto. Il Buhl. ¹⁾ afferma, senza addurre alcuna prova, che la pubblicazione di queste note dovette essere anteriore a quella dei digesti, forse partendo dal preconconcetto, comune oggi a tutti gli scrittori, di ritenere simili lavori come produzioni giovanili, con le quali i giuristi romani inauguravano la loro carriera scientifica. Io non so adattarmi a quest'idea. Certamente la revisione di un'opera di diritto, che ha autorità nella scienza, non è oggi comunemente intrapresa da giovani scrittori, chè per essa si richiede una padronanza assoluta e sicura della materia, un giudizio per lunga esperienza maturo, nè saprei vedere perchè non dovesse esser così anche per gli scrittori romani. Nelle note a quest'opera riscontrammo spesso delle nuove costruzioni forti e geniali di Giuliano, che trovano riscontro nell'opera sua maggiore, ne' digesti; trovammo anche qui dei responsi che erano stati dati da lui e lo *ius respondendi* in quest'epoca non si può supporre che in un giurista la cui autorità è affermata; ²⁾ e che Giuliano fosse cosciente della sua autorità, già nel tempo che curava la pubblicazione dell'opera nostra, è provato poi dal fr. 30 D. 40-12, in cui egli, approvando una decisione di Sabino, non esita mettersi a pari di Cassio:

in qua Cassius quoque est *et ego sum*

Pomponio inoltre, ne' suoi *libri ex Sabino*, pubblicati sotto Adriano, non conosce ancora i digesti di Giuliano, ma nemmeno conosce le note *ad Minicium*, come a me sembra poter dedurre dal fr. 6 § 4 D. 19-1, cioè da un argomento *a silentio*, che data l'indole dello scrittore, non è certo sprezzabile. Tutto ciò dunque consiglia a ritenere che la pubblicazione di quest'opera da parte

¹⁾ o. c. p. 53.

²⁾ Non è un'eccezione quanto Ulpiano riferisce (fr. 1 § 3 D. 3-1) di Nerva filius, che « *XVII annorum.... publice de iure responsitasse*, perchè a me pare più probabile ritenere col Puchta, Inst. vol. I § 116 n. 1. che quei responsi non avessero gli effetti legali; diversamente, in parte, il Krüger, o. c. p. 112 e note, v. spec. n. 15.

di Giuliano non fosse un lavoro giovanile; mentre del resto non può affermarsi in qual tempo sia avvenuta, se prima o dopo quella dei digesti.

VII. Raccogliendo in breve i risultati dell'esame fatto nei §§ precedenti, si può affermare innanzi tutto che l'opera di Minicio conteneva semplicemente responsi e dottrine di Sabino e Cassio. Il materiale era stato raccolto in iscuola dal nostro referente, il quale fu uditore dei capi sabiniani e quindi di non molto più giovane di Cassio Longino. ¹⁾ Giuliano poi, nel pubblicare la 2^a edizione dell'opera, trascrisse sempre integralmente il testo ²⁾ e non riferì mai il contenuto con sue parole; piuttosto, egli vi fece molte aggiunte sia in forma di note, sia inserendo la trattazione di altri casi giuridici. In sostegno di questa opinione non mi richiamo ora al titolo dell'opera *ad Minicium*, riportato dall'indice fiorentino, perchè è noto che l'*inscriptio* con *ad* ovvero *ex* non è un criterio solido per determinare la forma dell'opera. ³⁾

§ 11

IL LAVORO DEI COMPILATORI

I. Il tentativo fatto nei §§ precedenti, di ricostruire i fr. originali di Minicio ed il nuovo materiale aggiunto da Giuliano, mi ha obbligato a portare l'indagine critica al di là delle indicazioni date dal testo, e scrutare quindi il metodo tenuto dai compilatori nel comporre la loro opera.

1) Lenel, Paling. vol. I p. 669. Buhl, o. c. p. 54.

2) Così anche Buhl, o. c. p. 57, che si contraddice tuttavia a p. 17, dove ritiene riferito da Giuliano il fr. 61 D. VI-I.

3) È vero tuttavia che le opere epitomate portano più comunemente *ex*: confr. anche A. Agustino, Emend. et op. l. IV., Otto Thesaurus, vol. IV p. 1448; ma dalla compilazione non appare quest'uso costante, nè deve quindi molto apprezzarsi. v. anche Krüger o. c. p. 134-135 n. 49-52. I compilatori poi nei 40 fr. estratti dall'opera nostra hanno conservato solo in tre fr. (10 D. 41-4; 76 D. 3-3; 56 D. 2-14) la preposizione *ad*, altre volte l'hanno mutata in *ex*. A torto quindi il Karlowa R. R. G. p. 701, vuole dall'*ex* inferire che Giuliano fece un estratto dell'opera di Minicio. Che se poi si vuol mettere avanti qualche congettura, per spiegare come mai Ulplano nel fr. 11 § 15 D. 19-1 citi un l. X *Iul. ad Minicium*, in contraddizione con l'indice fiorentino, si può ammettere col Viertel, Nova quaedam cit. p. 21 e seg. che l'opera non pervenne intera ai compilatori, oppure che fu ridotta in VI l. nel periodo postclassico.

Se questo primo tentativo non è stato, come mi lusingo, senza frutto, e se le opere dei giuristi romani possono essere ancora illustrate utilmente da questo punto di vista, è conveniente che io esponga agli studiosi delle nostre fonti quelle poche esperienze raccolte, che, se non altro, contribuiranno a renderci più cauti, e nello stesso tempo più sicuri, nella lettura dei testi.

Il metodo seguito dai compilatori, nell'estrarre i fr.ⁱ dalla nostra opera, si riassume, in breve, ne' termini seguenti.

I commissari della massa sabiniana avevano dinanzi i libri di Giuliano a Minicio, che portavano le note esteriormente distinte dal testo con la forma comune "*Iulianus notat*". I commissari lasciarono in un solo fr., nella l. 1 D. 33-3, la forma genuina; di solito però il testo dell'esemplare fu accolto con trasformazioni di vario genere: or fu estratta la sola nota giuliana (confr. fr. 39 D. 41-2; fr. 10 D. 47-7); altra volta una semplice motivazione che trovavasi nella nota fu distaccata dal testo ed inserita in altro titolo (confr. fr. 7 D. 41-7 e fr. 8 D. 14-2); più spesso, cancellati i nomi del giurista rispondente e dell'annotatore, si sostitui la nota al responso originale, e ciò evidentemente per ottenere un testo organico, eliminando le contrarie opinioni (confr. fr. 7 D. 41-7; fr. 10 D. 41-4; fr. 60 D. 47-2; fr. 49 D. 23-3); ovvero, fatta l'identica fusione, fu lasciato il nome di Giuliano in modo che alla nota fu data la forma di un responso (confr. fr. 33 D. 17-1; 76 D. 3-3; 23 D. 46-8); ¹⁾ diversamente, in altri casi, fu riferito indirettamente il solo contenuto del testo ²⁾ con lievi modificazioni, (confr. fr. 61 D. 6-1; fr. 33 D. 17-1; fr. 12 D. 33-5); e tutte queste varie operazioni, osservate nei fr. più caratteristici, diedero poi luogo a quella serie di fr.ⁱ esaminati nel § 7, nei quali appare spesso la semplice decisione, nella forma di una massima, senza la relativa specie di fatto.

Della forma originale dell'opera nostra rimasero dunque nella compilazione sparute traccie; soltanto un esame accurato dei

1) Già il Mommsen. *Zeitschrift f. R. G.* vol. VII p. 483 n. 6 aveva riconosciuti guasti (*zerrüttet*) questi tre fr.

2) Ciò si osserva del resto anche in fr. estratti da opere non annotate, es. nel fr. 16 D. 26-7. *Paulus VI ad Sabinum*, dove le parole *sed verius se putare* si riferiscono a Paolo.

varii punti di diritto, opportunamente confrontati con altri testi, potè guidarci alla ricostruzione; ed il risultato poi ne apparve confortato anco da altri dati esteriori, fra i quali principalissimo il diverso stile dei due giuristi, non che la costruzione indiretta del periodo che si riscontra soltanto nei fr.ⁱ miniciani, perchè in essi erano riferite decisioni di Sabino e Cassio. In generale però le trasformazioni dei testi furon fatte dai compilatori abbastanza bene; soltanto qua e là esse hanno lasciato qualche traccia nella forma; così nel fr. 60 D. 47-2 dove fu mutato l'infinito *posse* in *potest*, ma restò tuttavia la motivazione in forma indiretta; nel fr. 61 D. 6-1 la relazione fatta dai compilatori è evidente per il verbo *posse*, che è nel caso affatto incolore, se non addirittura improprio e forse anche per lo spostamento della motivazione *nam....*; nel fr. 33-D. 17-1 sono ripetuti due volte i presupposti della specie, perchè Giuliano li accennava ancora nella sua nota; in questo fr. il sunto del testo, nell'introduzione, è pure manchevole e dà luogo ad equivoci; nel fr. 27 D. 38-1, per eliminare i nomi dei giuristi, fu, con poca eleganza, ripetuto due volte il *verum est*; in altri fr.ⁱ poi le motivazioni appaiono prolisse, non in perfetta armonia con la specie del consulto, e ciò perchè nel testo genuino erano destinate a combattere una contraria decisione, che fu eliminata dai compilatori. Tutto ciò dimostra, che negli scritti dei romani giuristi, a noi pervenuti per la mediazione dei compilatori, non vi ha forse lieve menda che non debba mettersi a carico di quest'ultimi.

Che i commissari operarono del resto sistematicamente, sui testi dei classici, quelle trasformazioni che ho osservate nell'esame della presente operetta, è già noto, ¹⁾ e se questa convinzione non è ancora patrimonio comune a tutti, la colpa non è certo degli stessi compilatori, i quali, a lavoro finito, accennarono, nel § 10 della famosa *C. Tanta*, abbastanza esplicitamente a tutti quei vari rimaneggiamenti che i testi avean subiti. Sarà pregio dell'opera esaminare quel § un pò più da vicino.

.... hoc tantummodo a nobis effecto, ut, si quid in legibus eorum vel supervacuum vel imperfectum vel minus idoneum vi-

1) Confr. Bluhme, Zeitschrift f. R. G. vol. IV p. 291 e seg. Pernice (H) Miscellanea cit. p. 54 e seg. Per la nostra opera Buhl, Salvius Iulianus p. 53 e seg.

sum est, vel adiectionem vel *deminutionem* necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis. et in multis similibus vel *contrariis quod rectius habere apparebat, hoc pro aliis omnibus positum est unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum: nemine audente comparare ea quae antiquitas habebat, et quae nostra auctoritas introduxit, QUIA MULTA ET MAXIMA SUNT, QUAE PROPTER UTILITATEM RERUM TRANSFORMATA SUNT.* adeo ut et si principalis constitutio fuerat in veteribus libris relata, neque ei pepercimus, sed et hoc (*hanc*) corrigendum (*am*) esse putavimus et in melius restaurandum (*am*). *nominibus etenim veteribus relictis, quidquid legum veritati decorum et necessarium fuerat, hoc nostris emendationibus servavimus.* et propter hanc causam et si quid inter eos dubitabatur, hoc iam in tutissimam pervenit quietem, nullo titubante relicto.

Le dichiarazioni dei compilatori non potevano essere più chiare e coscenziose.

Il sistema che avean tenuto nell'adattare i testi dei classici all'opera loro legislativa, è nella C. nettamente delineato. Lasciamo da parte le *adiectioes*, e tutte le altre varianti apportate ai testi, perchè di esse si è occupata la critica, specialmente in questi ultimi anni, con nuovi metodi di ricerche e con felici risultati; ma i compilatori parlano anche, con pari interesse, delle *deminutiones* che dovettero subire gli scritti dei romani giuristi per essere utilizzati; tali *deminutiones* anzi, sappiamo che erano spesso fatte nel corpo di uno stesso contesto, in proporzione assai maggiore che le stesse *adiectioes*. Infatti, di quest'ultime, potei constatarne, nella nostra opera, un numero sparuto, soltanto tre (confr. fr. 39 D. 41-2; fr. 8. 41-4; fr. 30 D. 40-12). Or è certo che con il taglio di una o più proposizioni in un contesto, si veniva spesso a svisare l'ordine delle idee, il concetto del giurista classico, non meno che per via delle *adiectioes*: i commissari eliminavano in tal modo quanto loro sembrava *supervacuum minus idoneum*, ma quel periodo conteneva forse l'opinione del giurista, che figura ora iscritto nel fr., conteneva possibilmente, in quel dato punto di diritto, la dottrina dominante nel d. classico; e non si può dire, quindi, che non vi ha interesse scienti-

fico a intraprendere la ricerca di tali *deminutiones*, o che esse siano senza importanza. ¹⁾

Con queste soppressioni i compilatori raggiungevano spesso, più direttamente, il loro scopo, cioè di accogliere *in multis.... contrariis quod rectius habere apparebat*. Questo è detto invero nella nostra C. in modo generale, ma è intuitivo che, dato il breve tempo impiegato nella codificazione, poterono i commissari riuscire meglio in questo lavoro di levigamento, quando le due diverse opinioni si trovavano riferite in uno stesso contesto, cioè nelle opere annotate, nelle quali la divergenza fra la nota ed il testo era immediata ed apparente. Ed effettivamente, noi abbiamo trovato nell'opera nostra accolta metodicamente una sola opinione *pro aliis omnibus*; invece, per le controversie riportate in scritti diversi, o a certa distanza nella stessa opera, è ben noto che, spesso, la loro buona volontà restò sopraffatta dalla mole del materiale. Non vi era dunque affatto esagerazione, se i commissari scrivevano, a lavoro finito, quelle parole che ho scelte per motto di questo scritto: "MULTA ET MAXIMA SUNT QUAE PROP-TER UTILITATEM RERUM TRANSFORMATA SUNT.

Con esse accennavano, in sintesi, a tutte quelle manipolazioni e trasformazioni che già abbiamo osservate, ²⁾ senza affatto esagerare.

1) Così infatti la pensa Appleton (Henri). Des interpolations dans les pandectes et des méthodes propres a les découvrir, p. 1 e seg. — ma quest' autore, nella sua opera del resto utilissima, ha dato prova anche di non avere abbastanza di esperienze proprie in questo genere di studi; è curioso infatti che egli (p. 3, in nota) crede trovare un esempio (ed è il solo che cita) di tali *deminutiones* nel fr. 17 p. D 24-3 (Paul. *ad Sab.*) confrontato col fr. 21; 42-1, laddove in Italia è stato dimostrato, con tutta evidenza, che il fr. 21 cit., invece, contiene una *adiectio*. Da questo falso concetto che l' Appleton ha delle omissioni e dei tagli compiuti dai compilatori, deriva l'altro errore — ed in proposito combatte inopportuno il Gradenwitz — di volere limitare alle sole *aggiunzioni* o *sostituzioni* il significato della parola *interpolazione*. Su questa questione del resto confr. Ricci, Le interpolazioni nei libri giustiniani. (1894 —) nell'Antologia giuridica, p. 11 e seg. (estratto).

2) Un riassunto abbastanza completo delle operazioni fatte dai compilatori v. in Krüger Geschichte p. 329-332: per il *codex* poi vedi già Iacobo Gotofredo ne' *prolegomena* al Codice Teodosiano, vol 1 cap. IV, che si può leggere ancora con molta utilità anche per ciò che riguarda i *facinora Triboniani*.

E dopo tutto ciò, era logico e conseguente il divieto fatto ai lettori indiscreti, che non osassero confrontare *quae antiquitas habebat* con quanto si leggeva nella compilazione; ed era, d'altra parte, giustificato, anche in questo senso, il concetto più volte ripetuto da Giustiniano, che anche il contenuto della compilazione si dovesse ritenere opera sua; su ciò anzi egli insiste già *ab initio*, nel § 6 della *Const. Deo auctore*, con il vanaglorioso argomento che “ *qui subtiliter factum emendat laudabilior est eo qui primus invenit*; un'applicazione questa della teoria della *specificatio ex sua et aliena materia* ¹⁾ alle produzioni dell'ingegno, che potrà esser comoda per molti, anche oggi.

Se non che potrà apparire una ineleganza, per non dire addirittura una stranezza, che ne' digesti si fossero tuttavia lasciati, e nelle iscrizioni e nell'interno dei fr.¹, i nomi dei giuristi romani che spesso son condannati a rappresentare una parte ben incomoda.

Ma anche di questa ineleganza, per noi del resto felicissima, si può dare una ragione.

Come è stato già avvertito, ²⁾ dal confronto della *Const. Deo auctore* col linguaggio adoperato da Giustiniano nella *Const. Tanta* § 10, appare che ciò non era nel piano primitivo dell'opera.

Sembra piuttosto che si pensasse, in sul principio, di compilare i digesti in quella forma che ebbero poi le istituzioni; nei lavori preparatorii però fu necessario ai fr.¹ estratti notare la *inscriptio* dell'opera originale, per rendere possibile una revisione del testo. Così pure nell'interno dei fr.¹ molti nomi furono conservati per necessità, per il corretto sviluppo di quella data opinione, la quale essendo, come dicono i compilatori in altra occasione, *aliis diversis permixta impossibile erat eam per partes detrahi* NE TOTUM CONFUNDATUR. ²⁾

Fu nell'ultimo momento che ai compilatori balenò alla mente quest'altra *bellissima machinatio*, di lasciare i nomi nei testi in

¹⁾ Di passaggio, il § 25 Inst. II. 1 non avrebbe dovuto dar luogo a dubbi e controversie su questo punto di diritto, anche senza la più chiara riconferma che si ha nel luogo corrispondente della parafrasi greca.

²⁾ Confr. Pernice (H.) o. c. p. 19; Gradenwitz Interpolationen p. 18.

²⁾ Const. Tanta § 14.

omaggio all'antichità, perchè fossero tramandati ai posteri. Nient'altro che questo è detto nell' introduzione del nostro § che trascrivo ora:

tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia, ut nomina prudentium taciturnitati tradere nullo patiamur modo: sed unusquisque eorum, qui auctor legis fuit, nostris digestis INSCRIPTUS est.

Dunque, in sostanza non si trattava che di un omaggio agli autori classici, e che si volle manifestare conservando la *inscriptio* dei fr.¹. Per i nomi, invece, ritenuti nel contesto delle leggi, nemmeno i compilatori danno una garanzia assoluta,¹⁾ ed è naturale che bisognava omai cotentarsi di quel che era stato fatto nei lavori preparatorii.

Le mie osservazioni in proposito, fatte nel § 10, ricevono anche qui una ricònferma.

Così abbiamo vedute confessate dagli stessi compilatori, esplicitamente, tutte quelle trasformazioni che osservammo già in questo lavoro. Le stesse dichiarazioni sono generali; riproducono fedelmente tutto il sistema da essi seguito, che ha lasciate tracce, più o meno evidenti, anche nelle altre opere, le quali potrebbero utilmente essere esaminate da questo punto di vista.

Addurre altri esempi è, invero, qui fuori luogo; ma per mostrare al lettore che ciò non sarebbe, allo stato della nostra scienza, un *carry coals to Newcastle*, mi piace ancora mettergli sotto gli occhi il famoso fr. 65 § 4 D. 41-1 estratto dal l. VI *Pithanon a Paulo epitom*, sul quale furono fatte congetture tanto diverse.

II. In quel § della legge cit. parrebbe affermato, in contraddizione con tutte le altre testimonianze delle fonti, che l'isola nata in un fiume pubblico dovesse ritenersi pubblica. Il diritto dei proprietari rivieraschi parrebbe dunque escluso. Le difficoltà erano naturalmente gravi ed insormontabili. La Glossa tentò superarle inserendo nel testo un *non* (*debet*); ma tale correzione, se metteva in armonia il fr. con gli altri testi, era cer-

1) Ciò appare anco più chiaramente dal testo greco della C. Δέδωκεν al corrispondente § 10, che, come il resto, non coincide perfettamente col testo latino.

tamente arbitraria; si faceva dire al giurista il contrario di quanto in verità aveva affermato, senza alcun appoggio nei manoscritti. La correzione tuttavia, come quella che toglieva di mezzo ogni imbarazzo, contentò molti scrittori posteriori, che la seguirono di buon animo.

Nè molto più in là è andata, anche oggi, la scuola di Berlino, la quale col Pernice ¹⁾ insegna, che Labeone in questo § volle fare *puramente un'osservazione teorica* e col Dernburg ²⁾ " che l'osservazione labeoniana rappresenta addirittura un' opposizione alla prassi del tempo. „

Ma per dimostrare mal fondate queste congetture, basta osservare che nei §§ 1, 2 della stessa legge, in due proposizioni annotate da Paolo, Labeone enuncia il principio contrario, senza addimostrare nè una tendenza esclusivamente pratica, nè una benevola acquiescenza alla prassi del suo tempo:

§ 1. *si qua insula in flumine propria tua est, nihil in ea publici est.*

§ 2. *si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est, ea tua est.*

Al contrario, l'enigma fu risoluto agevolmente dal Prof. De Crescenzo, nel suo pregevole lavoro sulla *accessione*, ³⁾ in cui sostenne, che il § 4 cit. contiene soltanto una nota di Paolo, destinata a combattere una massima espressa da Labeone, che fu cancellata dai compilatori. La contraddizione restò così eliminata, ed il § appare in altro rilievo.

Paolo, volendo limitare la massima labeoniana, che non ci è riferita, si serve, come di solito, di un argomento *ad absurdum*, che doveva essere tanto più efficace, in quanto veniva direttamente a contraddire quelle stesse decisioni innanzi date da Labeone: *si id quod in publico innatum aut inaedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet*: cioè, se fosse vero che tutto ciò che nasce o si

1) Pernice, Labeo vol. I p. 275 e seg; così anche Vangerow; ma vedi in seguito.

2) Pand. vol. I § 207 n. 10.

3) Enciclopedia giuridica vol. I p. 197 e seg. v. numero 27.

edifica in luogo pubblico, deve ritenersi pubblico, anche l'isola, nata nel fiume pubblico, dovrebbe essere pubblica.

La forza dell'argomento *ad absurdum* è evidente già dalla forma, e così anco il carattere della nota: si..... (affermazione labeoniana) insula quoque.... *publica esse debet* (implicita negazione di Paolo).

Quest'interpretazione è del resto così necessaria ed evidente che, anco prima che fosse enunciata in termini più espliciti dal De Crescenzo, era seguita da buona parte degli scrittori, ¹⁾ senza che tuttavia si fosse riconosciuta la nota. ²⁾

Ma del resto, quante congetture e ipotesi non si eran messe avanti per interpretare lo pseudolabeone con Labeone? ³⁾

L'esempio qui addotto conferma pur da altro punto di vista i risultati ottenuti nel presente lavoro. Anche in questo § 4 fu soppresso innanzi la nota il nome di *Paulus*, che precede costantemente, e fu ripetuta l'iscrizione dell'opera: *Labeo libro eodem*; ma ciò costituiva una vera inconsideratezza perchè quella proposizione veniva così ad essere attribuita a Labeone, come la maggior parte degli scrittori, in fatto, ha pensato. Ma di simili esempi noi ne abbiamo trovati parecchi, e fu già osservato poc'anzi, per giustificazione dei compilatori, che essi compresero l'omaggio all'antichità in un modo affatto relativo, e per le sole *inscriptiones* dei fr.ⁱ, mai per il resto.

Il fatto poi che fu ripetuta l'iscrizione nel § 4 cit. prova

1) Si trova già nella Glossa *si id quod*, in Gesterding, Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum p. 220 e seg; Vangerow, Pand. § 328 n. 1, tuttavia soltanto nella 2. ipotesi; Maynz, Cours de droit romain, vol. 1. p. 716 n. 3; Accarias, Précis de droit romain vol. 1 § 254 n. 1; Demangeat, Cours élémentaire de droit romain, vol. 1 p. 464; altri scrittori v. in De Crescenzo l. c. p. 198 n. 3.

2) La spiegazione del De Crescenzo è in Italia generalmente accolta; fu seguita già dall'Alibrandi, la di cui autorità è imponente, nelle sue lezioni inedite, che avremo la fortuna di vedere fra breve alla luce e che portano ancora un contributo pregevole alla critica dei testi soprattutto; accettata del Serafini, Istituzioni § 71 n. 3, dal Landucci, Archivio Giuridico vol. 31 p. 166 n. 2; Dante Caporali, contributo alla teorica dell'alluvione etc. p. 39; Pasquali, Accessione, nel Digesto italiano vol. 1 parte 1. p. 288 e seg.

3) Confr. p. es. ancora Cuiacio, observ. XIV c. XI in fine, che crede Labeone parli nel § 4 dell'*usus* (*usu publica est iuris gentium*), e così, fra altri, Barinetti, Della proprietà secondo le fonti del diritto romano p. 80 n. 2; altri vedevano in questo § un riferimento agli *agri limitati*, Brugi, delle alluvioni e dei cambiamenti nel letto dei fiumi etc. p. 43 e seg.

secondo me, che esso fu estratto da altro punto dello stesso libro, e non era immediatamente consecutivo al testo come ora si legge. ¹⁾

III. Ritornando al nostro argomento, non credo poi necessario rilevare quei speciali motivi che consigliarono i commissari ad operare nei testi tutte quelle trasformazioni.

Essi dovevano dare un corpo di leggi, come risultato della loro opera, e quel codice doveva quindi soddisfare a due condizioni essenziali; offrire allo studioso ed al pratico, ridotto in una mole che si potesse possibilmente (!) dominare, l'ingente materiale sparso nelle opere dei classici; e di ciò, in fatto, si preoccuparono i commissari molto, come appare da tutte le costituzioni riferentisi alla compilazione; ²⁾ in secondo luogo poi, il contenuto doveva rappresentare il diritto vigente, e ciò richiedeva una speciale intelligenza e cura nel modernizzarlo e adattare ai nuovi bisogni quel diritto che si trovava esposto negli scritti dei romani giureconsulti, così ricco di vita nazionale, artificioso nelle forme, compenetrato tutto in un sistema di procedura speciale che non era più in vita; e, per giunta, in molti punti controverso. Malgrado tutte le pecche, bisogna confessare che i commissari riuscirono, anche per quest'ultimo riguardo, in modo meraviglioso; ed è esclusivo loro merito se il d. r. poté assumere un carattere universale, e penetrare nella vita dell'Europa moderna. ³⁾

È naturale dunque che le trasformazioni dei testi dei classici, operate dai compilatori, ci si presentano in numero considerevole sia per il contenuto come per la forma; quest'ultime poi

1) Non credo però, a parte altre ragioni, possibile quel che dice il Fadda, Lezioni p. 203 e seg. che suppone il § 4 avesse fatto parte della nota apposta da Paolo al § 2 dello stesso fr.

2) Const. Haec quae necessario, § 2 *resecatis tam supervacuis... quam similibus et contrariis...**adiacentes quidem et detrahentes, immo et mutantes verba earum, ubi hoc rei commoditas exigeret, colligentes in unam sanctionem quae variis constitutionibus dispersa sunt et sensum earum clariorem efficientes* — Const. Deo auctore § 4 *„libros et legere et eliminare....* § 7 *supervacua longitudine semota et omne opus moderatum ostendatis* confr. § 9 — Const. Tanta, § 1 *„necesse esset omnia et legere et perscrutari et ex his si quid optimum fuisset eligere ...* confr. § 17 — Const. Omnem § 7 — Const. Cordi § 4 *omnibus ex nostra iussione et circumductis et additis et repletis nec non transformatis....*

3) Conf. Bluntschli, Die neuen Rechtsschulen der d. I. p. 23 e segg.

ancor più necessarie e frequenti nelle opere annóate, ¹⁾ in cui come s'è visto, i commissari si trovavano più immediatamente di fronte a due strati diversi di concetti giuridici, frutto di periodi diversi e di varie attività.

Ne segue di conseguenza, che nei fr.¹ estratti da tali opere specialmente, resta assai di frequente incerto a chi appartenga la decisione che ci è tramandata nel testo, se al giurista più antico ovvero all'annotatore. ²⁾

Spesso è ciò per noi rilevante, ed in tali casi non deve trascurarsi un'indagine in proposito; la quale, vuoi col confronto di altri testi agli stessi giuristi pertinenti, e vuoi per date caratteristiche di forma, potrà dare un risultato sicuro. Ed invero, oggi, che non possiamo più considerare i giuristi romani come persone fungibili, è sgradevole, e ricorre spesso presso i commentatori antichi come nei trattati de' moderni, vedere attribuita un'opinione ad un giurista, che effettivamente non ebbe, o che, peggio ancora, avversò. I compilatori rispettarono, anche trasformando i testi, il più che fosse possibile la parola dei loro esemplari, e ciò facilita l'esame critico e costituisce, per ogni riguardo, una vera fortuna. ³⁾

1V. L'osservazione critica condotta con i criterii da me seguiti, può dare buoni risultati anche riguardo ad altro genere di conoscenze. In generale, è risaputo, siamo ancora abbastanza lontani dal conoscere dettagliatamente il sistema tenuto dai commissari nel loro lavoro; e principalmente quanto si debba all'attività delle singole sottocommissioni o della commissione intiera. Dall'esame della presente operetta mi pare risulti qualche notizia sicura, che meriterebbe essere confermata da una più larga osservazione, compiuta su altre opere.

1) Un bell'esempio ci è offerto in proposito dal confronto di due testi riprodotti nel tit. D. *de Iure dotium*, fr. 80 e fr. 83, nei quali appare evidente la forma originale del testo classico e la fusione operata dai compilatori.

2) È quindi importante in tali casi citare il fr. con la *inscriptio*; confr. anche Kalb, *Romsuristen*, p. 3 e segg.

3) La illimitata libertà concessa ai compilatori da Giustiniano, non deve quindi richiamarsi per ritenere incerte tutte le notizie che troviamo nella compilazione, come altri ha fatto; confr. in proposito le giuste osservazioni dei Brugi, *Fasti aurei*, p. 166 n. 3.

Al lettore non sarà sfuggito il metodo che i compilatori tennero nell'estrarre i fr.¹ dalla nostra opera. Essi fusero, quasi costantemente, la nota giulianea col testo di Minicio; vi cancellarono tutti i nomi, in modo che il fr. era presentato in un contesto limpido, senza divergenze d'opinioni ed in una forma esteriormente omogenea.

Or tale operazione dovette essere fatta nel momento stesso che si estraevano i brani dall'opera originale, e quindi immediatamente dal commissario, cui era stato affidato l'esame dell'opera.

La prova evidente di ciò la ritrovo, non tanto nella maniera costante come la fusione fu sempre operata, che sarebbe pur un grave argomento, quanto, invece, in quelle varianti che si osservano in alcuni testi, le quali, per lo speciale loro carattere, debbono sicuramente ritenersi apportate da una stessa mano.

Le eccezioni infatti non sono mai isolate, ma si riscontrano identiche in due o più frammenti; così due fr.¹, che stanno ora nei digesti ad una considerevole distanza, uno nel titolo "*de procuratoribus et defensoribus* (3-3), l'altro nel tit. "*ratam rem haberi etc.* (46-8) cioè il fr. 76 il primo, il fr. 23 l'altro, subirono un trattamento identico, che è poi eccezionale; in essi la nota di Giuliano fu sospinta al posto della decisione originale, ma il nome *Iulianus* fu accolto come soggetto del verbo *respondit*, laddove nel testo originale figurava certamente altro giurista. Or è notevole che questi due fr.¹ sono entrambi estratti dallo stesso libro V, e nella ricostruzione dell'opera furono dal Lenel ¹⁾ giustamente ravvicinati. Tale coincidenza esclude del tutto il sospetto che l'inserzione del nome *Iulianus* si debba, in quei due fr.¹, ad un glossema, come pretendono il Mommsen ed il Krüger; ²⁾ e d'altra parte prova che l'operazione fu fatta in essi dallo stesso commissario.

I fr.¹ ne' quali i compilatori hanno riferito soltanto il contenuto del loro esemplare, si riscontrano anche in quest'opera appaiati: *Minicius interrogatus Iulianus notat* fr. 61 D. 6-1;

1) Palingenesia, Iuliani n. 872, 873.

2) In favore dell'opinione qui sostenuta potrebbe, anche richiamarsi pel fr. 76 D. 3-3 l'interpretatio dei Basilici — 72 (8-2) — che ha « λέγει.... ὁ Ἰουλιανός ».

rogatus ut fideiuberet Iulianus verius putat, fr. 33 D. 17-1; e quest'ultima forma trova riscontro in altro fr. estratto dai libri di Giuliano *ad Urseium*:

Iulianus autem recte putat, fr. 16 § 1 D. 16-1.

Questi pochi esempi ricavati da un'operetta abbastanza esigua hanno un grande valore per la tesi qui sostenuta, tanto più che essi vengono a confermare le osservazioni già fatte dal Bluhme, che è ancora l'autorità più cospicua in questa materia. Questo scrittore rilevò ¹⁾ infatti che le sottocommissioni stesse curarono di trasporre e fondere i testi estratti, a secondo il bisogno richiedeva; ed aggiunse ²⁾ su questo proposito, che i commissarii della massa sabiniana, alla quale fu anche destinata l'opera nostra, precedettero nelle manipolazioni dei testi, e specialmente nelle fusioni, con più libertà che i commissarii di altre masse, le quali (es. massa edittale) presentarono perciò un maggior numero di frammenti brevissimi.

Ed affermato questo punto, possiamo noi rispondere ad altro quesito più importante.

A quale criterio si atteneva il commissario o la sottocommissione nel fondere un testo, respingendo una delle opinioni in esso riferite?

Secondo risulta dalla nostra opera, il criterio era semplice e puramente obiettivo. Il commissario doveva accogliere l'opinione più recente, quella cioè difesa dal giurista più giovane; e difatti noi abbiamo trovato che le note di Giuliano erano costantemente preferite alle decisioni riportate da Minicio, ove fra la nota ed il testo apparisse una divergenza. Che se poi si riscontrava in altra opera una decisione ancora più recente, questa veniva dai commissari cucita al testo di Giuliano, (es. nel fr. 30 D. 40-12) ³⁾ come risultato ultimo della dottrina dei classici. Vedremo subito che questo criterio obiettivo era l'unico che si potesse seguire, dato il piano d'esecuzione dai commissari ideato, e che esso non poteva portare cattivi risultati. Il criterio tuttavia era meccanico, e potrebbe sembrare deplorabile ovvero inve-

¹⁾ Zeitschrift f. R. G. vol. IV p. 257 e segg.

²⁾ *Eodem*, p. 342 e seg.

³⁾ Quest'aggiunzione poté però essere fatta dalla commissione intiera.

rosimile che si fosse seguito; ma bisogna ricordarsi che, per quanto fossero i commissari dotati di una cultura per quel tempo veramente ammirevole, erano essi pur figli dei loro tempi; bisogna ricordarsi che la legislazione dei secoli anteriori, del periodo della decadenza, aveva appunto fatto valere questi criterii meccanici; così quando Costantino ¹⁾ toglieva ogni forza alle note apposte da Ulpiano e Paolo ai responsi di Papiniano; e più ancora Valentiniano III ²⁾ con la così detta legge di citazione per la quale ogni autorità venne conferita ai nomi degli ultimi 4 giuristi, ed a questi si equiparò Gaio, forse per un sentimento cavalleresco di elevare l'umile maestro, vissuto oscuro e senza privilegi.

Non era dunque la forza o la bontà degli argomenti che doveva prevalere, ma i nomi, il *numero* dei nomi, principalmente degli ultimi venuti, che sono anche fatti giudici del valore di tutti i predecessori. La decadenza scientifica, che segue i periodi di sommo splendore, si manifesta costantemente nella forma dell'*ipse dixit*; dopo il risorgimento apportato agli studi romani-stici dalla scuola di Bologna si ripete in modo identico lo stesso fenomeno; ³⁾ la *communis opinio* ha forza di legge, indipendentemente dal suo valore intrinseco. I compilatori, è vero, avean superati in gran parte tali pregiudizi, e ne va loro tributata lode; essi riconobbero che tutti i giuristi avean portato, in una materia o in un'altra, il loro contributo pregevole, e diedero agli stessi nella compilazione uguale autorità; ⁴⁾ ma d'altra parte, nell'esecuzione del lavoro, non rifuggirono dai mezzi meccanici, anzi vi ricorsero assai spesso.

Ma, come avvertii poc'anzi, quel criterio obbiettivo, di attenersi nell'estrarre i fr.ⁱ all'opinione del giurista più recente, era l'unico che si potesse seguire anche logicamente.

È evidente che uno dei commissari, o la sottocommissione

1) Const. I C. Th. 1-4 (a. 321).

2) Const. III C. Th. eod. (a. 426).

3) Confr. Brugi, Fasti aurei etc, p. 81 e ivi citati.

4) Const. Deo auctore § 5; Const. Tanta § 20.

non poteva vagliare o discutere le diverse opinioni che si trovavano ne' testi de' classici; essa era per un simile giudizio legislativamente incompetente, se pur altre ragioni, quali la ristrettezza del tempo, non avessero reso già impossibile un tale esame. In complesso poi quel sistema poteva essere seguito ciecamente, nè poteva dare cattivi risultati. ¹⁾ Ci è noto abbastanza, infatti, come s'era venuta formando quella ingente massa di opere giuridiche accumulate dalla giurisprudenza classica; lo svolgimento interno di quella letteratura fu del tutto organico, ed è stato ben paragonato allo svolgimento della cellula che progressivamente si dilata e si trasforma. La tradizione scientifica è nelle opere dei giuristi romani ininterrotta; una costruzione felice, un mezzo giuridico escogitato, un concetto ben indovinato era dai giuristi posteriori con cura raccolto, vagliato, elaborato, sviluppato nelle conseguenze, di maniera che, anche se fosse uscito dalla mente di un Q. Mucio, Servio, Labeone, Giuliano noi siamo sicuri di ritrovarlo più completo e correttamente formulato nelle opere degli ultimi giuristi, dopo cioè un processo secolare di elaborazione.

A grandi linee tale sviluppo si può paragonare alla meravigliosa elaborazione dell'editto pretorio il quale, nella sua ultima lezione, rappresenta il monumento legislativo più imponente per precisione, brevità, efficacia.

Il sistema aveva però i suoi inconvenienti, e la nostra opera ci ha dato agio di rilevarne alcuni. Le singole sottocommissioni, estraendo i fr. ognuna per conto proprio dalle opere loro assegnate, dovevano necessariamente accogliere decisioni contraddittorie; così abbiamo veduto che i commissari della massa sabinaiana aveano per ben due volte preferita, nei fr. 9, 10 D. 41-4, la nota di Giuliano, la quale ammetteva si potesse usucapire il parto della serva furtiva, che era stata consegnata dallo schiavo al padrone, come prezzo della libertà; i commissari, invece, della massa edittale accolsero l'opinione contraria di Sabino e Cassio, che si trovava ricordata ed approvata da Paolo: fr. 4 § 16 D.

¹⁾ E di fatto poi i commentarii degli ultimi giuristi Ulpiano e Paolo contribuirono per 1/2 alla formazione dei digesti, e la ragione della preferenza è anche qui identica.

41-3. Più grave è poi l'altro esempio che ci viene offerto dal fr. 49 D. 23-3 in confronto col fr. 33 D. 23-3 estratto da Ulp. VI ad *Sab.*; ¹⁾ nei quali la stessa commissione fece prevalere una volta l'opinione di Giuliano, altra volta quella di Sabino, e ciò soltanto perchè nelle varie opere, ove le riscontrarono, erano a preferenza sostenute. ²⁾

Come ultima riprova delle osservazioni fatte va poi notato, che dell'opera di Giuliano a Minicio a noi tramandata dai compilatori, una buona parte appartiene sostanzialmente al giurista annotatore.

Non tenendo infatti conto dei fr.ⁱ dubbi, (v. 41) che possono in parte essere derivati dalle note, si hanno le seguenti proporzioni: dell'opera originale di Minicio furono accolti, calcolati nella Palingenesia del Lenel, v. 105; e del materiale aggiunto da Giuliano v. 94. Ma ciò significa che il testo giuliano fu dai compilatori sistematicamente preferito, come s'è visto; e ciò dimostra ancora mal fondato il giudizio del Mommsen, il quale sostenne, per difendere del resto una tesi erronea, ³⁾ che in queste opere annotate poco o nulla si dovesse a Giuliano.

Da quelle proporzioni risulta pure evidente, che le aggiunte di Giuliano non poterono essere apposte in forma di note marginali o interlineari, ma dovettero necessariamente essere intesute da Giuliano via via che trascriveva il testo. L'uso delle note marginali non fu in generale seguito dai giuristi romani come congettura il Landucci, ⁴⁾ con cui è d'accordo il Brugi in un elegante articolo; ⁵⁾ per determinate opere è tuttavia possibile

1) Per questi fr. confr. avanti Bull. vol. VII p. 251 e segg. Avverto però che nella compilazione i due fr.ⁱ possono benissimo conciliarsi.

2) Naturalmente, molte altre contraddizioni dovettero essere eliminate nel collocamento definitivo dei fr.ⁱ, come ne ho dato qualche esempio nei miei studi dei libri di Paolo a Plauzio.

3) Cioè per dimostrare che la parola « *digesta* » indicasse raccolta delle opere di un giurista o d'un gruppo di giuristi: v. Zeitschrift f. R. G. vol. IX p. 82 e seg. vol. VII p. 483; contro Pernice (H.) Miscellanea cit. p. 1 e seg.; Krüger, Geschichte p. 131 n. 21.

4) Di recente, nella storia del diritto romano, 2^a ediz. p. 171 n. 19.

5) Libri e codices etc. Atti e memorie della R. Accademia etc di Padova vol. II p. 106,

che così si fosse fatto, ¹⁾ ma non è stato ancora dimostrato.

L'opera di Giuliano a Minicio, come in generale le 2^e edizioni annotate dei giuristi romani, rappresentava il prodotto di due periodi diversi, apparteneva scientificamente tanto agli antichi giuristi quanto a Giuliano. Essa portava quell'impronta caratteristica della letteratura giuridica romana, che cresce e si sviluppa sempre attaccata alla tradizione del passato. Dalla fine della repubblica alla metà del sec. III è nel periodo della sua forza espansiva; trascina seco, come una valanga, tutto quanto incontra nel suo cammino, quanto è prodotto di menti colte, educate alla riflessione giuridica, raffinate dall'esperienza quotidiana, dai nuovi bisogni della vita. Così quei piccoli volumi, quelle raccolte che contenevano le basi cardinali della scienza giuridica, son destinati, nel corso de' secoli, a raddoppiarsi a centuplicarsi per via di note o di commenti analitici, contenenti repertori completi delle più svariate opinioni.

Quando la forza produttiva vien meno, comincia allora il lavoro di spoglio. Dall'ingente massa, dai grossi codici si sceglie quel che è utile, immediatamente applicabile e si elimina il superfluo.

Le raccolte posteriori al periodo classico hanno appunto questo carattere; ed i compilatori, anche per questo riguardo, avevano già esperienze ed esemplari.

CONCLUSIONI

Sarei ben lieto se questo lavoro avesse potuto affermare nella coscienza dei romanisti una verità che non fu mai riconosciuta dai nostri migliori critici; ²⁾ che cioè gli scritti dei romani giureconsulti non erano soltanto veri modelli di perfezione per il contenuto, ma anche per la forma esteriore. Come i classici esemplari essi presentavano una struttura artistica finita, con uno stile conciso, leggiadramente adorno della maestà

¹⁾ E credo che la questione possa soltanto mettersi per quelle opere voluminose che conservarono nel commercio librario il titolo primitivo (*Iuliani dig.*, *Scaevolae dig.* etc.)

²⁾ Angelo Poliziano Epist. X, 4. confr. Buonomici, Il Poliziano giureconsulto, p. 103

della lingua latina, ricco di concetti e sempre rigorosamente connessi. Attraverso la compilazione noi possiamo solo in parte ammirarne ancora i pregi; la mano dei compilatori, sformando *propter utilitatem* quelle produzioni dell'antica sapienza, e ridottele in frantumi ne alterò spesso i concetti, ne distrusse la logica connessione, ne fece sparire sempre l'artistica bellezza.

Ogni menda che noi vi riscontriamo va messa così a carico delle generazioni posteriori.

Il lavoro critico da compiere sui testi, intrapreso più volte con fervore per languire appena dopo, sopraffatto dalla ricostruzione dommatica delle teorie giuridiche, che più urgeva per i bisogni pratici, è ancora immenso. Essendo però esso un necessario presupposto per interpretare la mente dei romani giuristi e ricostruire le loro teorie, è a sperare che sarà seguito oggi con più serietà, sia perchè maggiori aiuti offrono ora altre scienze, e sia perchè a tale compito possiamo ora dedicarci con tutta quella calma che mancava agli studiosi d'altri tempi. La ricostruzione dommatica uscirà allora più netta dai fr.; molte accuse lanciate alle maestose figure dei romani giureconsulti saranno rivendicate, e le loro opere, depurate da tante mende, riacquisteranno, almeno in parte, la loro primitiva eleganza e venustà.

Camerino, Dicembre, 1895.

SALVATORE RICCOBONO

SULLA DENOMINAZIONE *IN BONIS HABERE*

Nella distinzione nota de' due domini il rapporto garentito dal Pretore è denominato in Teofilo dominio naturale o bonitario. ¹⁾ Nelle Istituzioni di Gaio e nelle Regole di Ulpiano esso trovasi però sempre designato colle perifrasi *in bonis habere* o *in bonis esse*, aventi per oggetto o soggetto *la cosa*. Queste perifrasi per la loro più schietta derivazione classica e per il fatto ch'esse non preoccupano la questione se tal rapporto fosse o non fosse riconosciuto come dominio dai Romani sono in generale preferite dai moderni. A voler dissipare gli equivoci che sorgono circa l'interpretazione di alcuni testi e la concezione teorica dell'istituto pretorio mi pare utile istituire sulla base delle fonti la ricerca se la perifrasi *in bonis esse* o *habere* fosse veramente la denominazione tecnica dell'istituto, sicchè debba, almeno di preferenza, richiamar subito alla mente l'immagine di esso; e in qualunque modo, sia o non sia tale, che cosa esprima e che cosa se n'abbia a indurre per la natura dell'*in bonis*.

Bona è nelle fonti classiche il termine più usuale per denotare il patrimonio, cioè un complesso di diritti pertinenti a un subbietto o destinati a uno scopo: le obbligazioni passive non ne fanno di regola parte, ma si deducono. ²⁾ Per conseguenza *in bonis esse* o *habere* dovrebbe significare semplicemente "far parte del patrimonio, esser compreso ne' beni; „ in altri termini

¹⁾ Theoph. I. 5, 4.

²⁾ Cfr. L. 29 § 1 D. *De V. S.* 50, 16: « Bona intelleguntur cuiusque quae deducto aere alieno supersunt »; L. 83 *cod.*: « Proprie bona dici non possunt quae plus incommodi quam commodi habent ». Del resto ciò è chiaro da tutti i testi relativi all'*in bonis*.

Nella *bonorum possessio* s'avverte espressamente che i *bona* sono al proposito intesi in un senso più ampio. Cfr. L. 3 pr. D. (*De b. p.* 37, 1) (*hic, in hoc loco*).

Il termine postclassico e giustiniano invece di *bona* è *substantia*.

dovrebbe esprimere che alcuno ha un diritto o un complesso di diritti patrimoniali.

Questa intuitiva significazione risulta veramente dalle fonti. Io le raccolgo, distinguendo i testi generali da quelli indicanti la spettanza di un diritto determinato e separando quelli in cui l'uso del termine *in bonis* può esser determinato dalle parole di una legge, di un Editto o di una formula. ¹⁾

Cominciando dai testi, ove *in bonis esse* o *habere* esprime la spettanza di diritti indeterminati o di un complesso di diritti a un subbietto, abbiamo il seguente, in cui l'uso di tale espressione è in rapporto colla formula *Serviana* o *quasi Serviana*, che certamente la conteneva ²⁾: DIG. L. 34 § 2 *De pign.* 20, 1 (Scaev.).

I seguenti sono relativi alle varie collazioni ³⁾: DIG. L. 1 § 11 *De coll. bon.* 37, 6 (Ulp.); L. 1 § 12 *ibid.* (Ulp.); L. 2 § 1 *ibid.* (Paul.); L. 3 § 2 *ibid.* (Iul.); L. 4 *ibid.* (Africanus); L. 1 § 9 *De coll. dotis* 37, 7 (Ulp.); COD. L. 6 *De coll.* 6, 20 (Gordian.).

I seguenti si riferiscono al computo della *quarta Falcidia* o della *quarta pegasiana* o alla restituzione fedecommissaria in genere ⁴⁾: DIG. L. 11 § 3 *Ad Leg. Falc.* 35, 2 (Pap.); L. 15 § 5 *ibid.* (Pap.); L. 73 § 1 *ibid.* (Gaius); L. 73 § 5 *ibid.* (Gaius); L. 88 § 1 *ibid.* (Africanus); L. 1 § 3 *Si cui plus* 35, 3 (Marcellus in Ulp.); L. 1 § 17 *Ad SC. Treb.* 36, 1 (Ulp.); L. 1 § 21 *ibid.* (Iul. in Ulp.); L. 34 (33) *ibid.* (Celsus in Marcian.); L. 80 (78) § 9 *ibid.* (Scaev.); L. 80 (78) § 16 *ibid.* (Scaev.).

I seguenti agli Editti *De bonis libertorum* o *Quibus ex causis in possessionem eatur* o *De bonis possidendis seu vendundis* ⁵⁾: DIG. L. 3 § 20 *De b. lib.* 38, 2 (Ulp.); L. 6 § 2 *De reb. auct. iud. poss. s. vend.* 42, 5 (Paul.); L. 28 *ibid.* (Iavolenus); L. 49 *De V. S.* 50, 16 (Ulp.); L. 190 *De R. I.* 50, 17 (Cels.).

1) Prescindo naturalmente dai testi nei quali *in bonis* vuol significare sui beni, relativamente ai beni etc.

2) Cfr. LENEL *Das Edictum perp.* § 267.

3) L'Editto relativo alla *collatio bonorum* conteneva anch'esso l'espressione *in bonis*: LENEL *Das Ed. perp.* § 144.

4) Dai passi della legge Falcidia o del Senatoconsulto Trebelliano, quali ci son conservati, non risulta che vi si adoperasse precisamente l'espressione *in bonis*.

5) LENEL *Ed. perp.* § 150, § 202 e segg.; § 213 e segg.

In riguardi vari e indipendenti da formule edittali o altro s' usa la frase ne' testi seguenti: FR. VAT. 115 (Paul.); INST. pr. *Quib. non est perm.* 2, 12 (il peculio appartiene al *pater familias* o al padrone); DIG. L. 75 *De i. d.* 23, 3 (Tryphoninus: la dote appartiene giuridicamente e patrimonialmente al marito (*in bonis*), socialmente, con alcuni effetti giuridici, alla donna (*mulieris est*); L. 4 *De conf. tut. vel cur.* 26, 3 (Paul.); L. 18 (19) § 1 *De test. mil.* 29, 1 (Tryphoninus); L. 1 *De usu et usufr. leg.* 32, 3 (Paul.); L. 2 § 2 *De pollic.* 50, 12 (Ulp.).

COD. L. 1 pr. *Comm. de man.* 7, 15 (Iustinianus).

Ne' seguenti testi la stessa frase esprime la spettanza di un' azione o di un' obbligazione, con riguardo al computo della Falcidia ne' primi tre: DIG. L. 32 pr. *Ad L. Falc.* 35, 2 (Moe-
cian.); L. 62 pr. *ibid.* (Ulp.) ¹⁾; L. 63 § 1 *ibid.* (Paul.) ²⁾; L. 78 (80) § 3 *De leg.* 31 (Pap.); L. 28 *De iniur.* 47, 10 (Ulp.).

Un mero diritto di aspettativa *extra nostra bona est*: DIG. L. 42 *De a. r. d.* 41, 1 (Paul.).

Sembra naturale pertanto che *in bonis esse* o *habere* debba anche poter esprimere che il subbietto ha un diritto di proprietà. E poichè i Romani usano dire in questo caso che il subbietto ha la cosa o che la cosa è sua ³⁾, è anche naturale che si dica all' uopo colla presente frase ch' egli *rem in bonis habet* ovvero *res in bonis eius est*.

Così, di nuovo, a proposito della *formula Serviana* o *quasi Serviana*, per dire che è necessaria la proprietà del debitore: DIG. L. 3 pr. *De pign.* 20, 1 (Pap.); L. 9 pr. *ibid.* (Gaius); L. 15 § 1 *ibid.* (Gaius); L. 34 § 2 *ibid.* (Scaev.); L. 4 *Quae res pign.* 20, 3 (Paul.); L. 9 § 3 *Qui potior.* 20, 4 (Africanus); L. 11 § 3 *ibid.* (Gaius); L. 8 § 12 *Q. m. pign.* 20, 3 (Marcian.); L. 1 § 15 *De migr.* 43, 32 (Ulp.). — COD. L. 5 *Si al. res* 8, 15 (16) (Diocl.); L. 6 *ibid.* (Diocl.).

1) Veramente: « in utrius bonis computari oporteat id quod debetur ».

2) Veramente: « tantum habet in bonis (il creditore di un debitore non solvente) quantum exigere potest ».

3) Espressione naturalissima e non criticabile, essendo necessario così esprimersi in riguardo alla proprietà, qualora si voglia significare il diritto dal lato della pertinenza.

Circa l'*actio Paulliana* o l'*interdictum fraudatorum* ¹⁾: IUST. § 6 *De act.* 4, 6 (per il testo della formula della Paulliana). — DIG. L. 25 § 4 *Quae in fr.* 42, 8 (Venuleius).

Per il computo della Falcidia: DIG. L. 18 (19) § 2 *De reb. dub.* 34, 5 (Marcian.); L. 15 § 5 *Ad Leg. Falc.* 35, 2 (Pap.); L. 30 § 5 *ibid.* (Marcian.); L. 52 pr. *ibid.* (Marcellus); L. 56 § 3 *ibid.* (Marcellus); L. 62 § 1 *ibid.* (Ulp.); L. 87 pr. e § 1 *ibid.* (Iul.).

A proposito di legati, ed evidentemente anche qui, come risulta dal contesto, senza riguardo esclusivo al rapporto pretorio: DIG. L. 12 pr. *De leg.* 31 (Paul.); L. 49 (50) § 3 *ibid.* (Paul.); L. 88 (90) § 12 *ibid.* (Scaev.).

In altri riguardi, come, p. es., a proposito dei momenti e degli effetti della compravendita, a proposito della *cautio damni infecti* o dell'*actio furti*, per dire che non competono solamente al proprietario, ma altresì a colui che sostiene il *periculum* dell'oggetto, a proposito dell'*actio vi bonorum raptorum*, per dire similmente che non spetta solo a chi è proprietario, ma a chiunque abbia la cosa *tra' proprii beni* (ex bonis), cioè la detenga, a proposito di cose profane in antitesi alle *res sacrae, religiosae* etc. CONS. VET. IUREC. 6, 3. DIG. L. 32 *De her. pet.* 5, 3 (Paul.); L. 9 *De resc. vend.* 18, 5 (Scaev.); L. 16 § 2 *De evict.* 21, 2 (Pomp.),

²⁾ L. 10 pr. *De cur. fur.* 72, 10 (Ulp.); L. 18 pr. *Damne inf.*; 39, 2 (Paul.); L. 5 § 2 *Qui et a quib.* 40, 9 (Iul.); L. 38 § 2 *De lib. causa* 40, 12 (Paul.); L. 5 pr. *Pro der.* 41, 7 (Pomp.); L. 12 § 2 *De furt.* 47, 2 (Ulp.); L. 1 § 10 *Si is qui test.* 47, 4 (Ulp.); L. 2 § 21; § 26 *Vi b. r.* 47, 8 (Ulp.) — § 2 Inst. *Vi b. r.* 4, 2; L. 2 *De sep. viol.* 47, 12 (Cels. in Ulp.); L. 190 *De r. i.* 50, 17 (Cels.).

Non di rado negli stessi testi citati *rem in bonis esse* o *habere* si scambia colle designazioni del dominio più familiari a noi: *rem suam esse* o *rem esse alicuius* o *rem pertinere ad aliquem*: L. 3 pr. *De pign.* 20, 1 (Pap.); L. 11 § 4 *Qui potior.* 20 4 (Gaius); L. 23

¹⁾ *In bonis* era nel testo del così detto *interdictum fraudatorium*. Che fosse nella formula dell'azione risulta dal passo delle Istituzioni e ve lo restituisce effettivamente Huschke: il LENEL lo rigetta, ma senza buon fondamento; *Ed perp.* § 225.

²⁾ Su questo testo v. LENEL *Palingenesia* Pomponius 559.

De prob. 22, 3 (Marcian.); L. 16 § 2 *De evict.* 21, 2 (Pomp.).

Si richiami altresì la nota formula *res nullius in bonis* a proposito delle *res divini iuris*, delle *res publicae*, delle *res hereditariae* etc.; usata evidentemente a significare che su questi oggetti nessuno vanta un diritto patrimoniale, almeno attualmente. Similmente i figli, la moglie non sono *in bonis*, perchè non vi si ha il dominio: L. 6 Cod. *Quae res pign.* 8, 16 (17) (Diocl.). Si richiami finalmente la caratteristica opposizione *ex bonis* adoperata a significare che non si ha diritto di proprietà sull'oggetto ma o un *ius in re aliena* o si tiene la cosa senza avervi alcun diritto, per es. in base a un mero rapporto di obbligazione: L. 10 *De usu et usufr.* 33, 3 (Paul.)¹²; L. 1 § 12 *Vi bon. rapt.* 42, 8 (Ulp.); e finalmente la decisa opposizione colla *res aliena*: L. 1 § 5 *De migr.* 43, 32 (21) (Ulp.).

In bonis alicuius facere significa semplicemente *facere alicuius*: Dig. L. 16 § 1 *De evict.* 21, 2 (Pomp.); L. 65 (63) *Ad SC. Treb.* 36, 1 (Gaius). — Cod. L. 19 *De don. i. v. et u.* 5, 16 (Diocl.).

Se ora prendiamo a considerare i testi in cui l'*in bonis* designa l'istituto pretorio, osserveremo questo: ne' testi di Gaio e di Ulpiano la limitazione dell'*in bonis* all'istituto pretorio è sempre messa in rilievo dall'opposizione caratteristica col dominio *ex iure Quiritium*, sia questo un *plenum ius* o un *nudum ius Quiritium*; talora anche *in bonis* è, nel caso, determinato meglio dall'avverbio *tantum*: GAI. *Inst.* I, 35; 54; 167; II, 40; 41; 88; 222; III, 80. ULP. *Reg.* I, 16; XXII, 8. Forse PAP. *Fragm. Parisina* Huschke pag. 446.

Pochi testi del Digesto alludono sicuramente all'*in bonis* pretorio; e in essi per vero, così come li abbiamo, solo dal rapporto si può rilevare la cosa. Si noti peraltro che in ciascuno di essi non importa punto al giureconsulto di stabilire che trattasi precisamente dell'*in bonis* garantito dal Pretore: la questione veste sopra un altro punto e si vuol significare la perdita di un'azione o di un diritto per aver acquistato o perduto la signoria

¹² Su questo testo v. PEROZZI *Bull. dell' Ist.* 1893 p. 36 (*Fructus servitutis esse non potest in fine*).

giuridica di un oggetto: Dig. L. 2 § 1 *Si ex nox* c. 2, 9 (Paul.); L. 29 *De nox act.* 9, 4 (Paul.); L. 4 § 32 *De d. m.* 44, 4 (Ulp.). Aggiungi: L. 9 § 2 *Q. m. c.* 4, 2 (Ulp.).

Da tutto ciò risulta che *in bonis* non era termine tecnico per designare l'istituto pretorio, bensì una frase, tanto dell'uso edittale quanto del linguaggio comune de' giureconsulti, esprimente in ordine alle cose l'esser proprietario. Questa frase veniva adoperata a significar l'*in bonis* pretorio, ma in senso enfatico e in guisa che ciò riuscisse chiaro dalle relazioni del discorso.

Per conseguenza, quando la limitazione della frase al dominio bonitario non è fatta comunque manifesta non si può restringerla a significar questo; ed è pertanto un equivoco scorgere allusioni al dominio bonitario ne' testi seguenti: L. 52 *De a. r. d.* 41, 1 (Mod.); L. 5 pr. *Pro der.* 41, 7 (Pomp.); L. 190 *De r. i.* 50, 17 (Cels.).

Ma l'uso di tale espressione e la stessa enfasi che vi s'imprime, fanno anche manifesto che l'istituto pretorio veniva riconosciuto dai Romani come dominio; onde non sono probabilmente da ritenere interpolati i testi che contengono questo appellativo.

I due domini sono veramente il quiritario e il bonitario; salvo che il primo può offrirsi in due forme, ed è diritto pieno e vero dominio, se congiunto all'*in bonis*; è *nudum ius* e appena dominio formale, se spoglio dell'*in bonis*.

P. BONFANTE

Frammenti Torinesi del Codice Teodosiano

Da lungo tempo si ritenevano perduti tre fogli palinsesti contenenti frammenti del Codice Teodosiano; fogli, che dovrebbero far parte delms. Vaticano 5766 d'origine bobbiese, ma che rimasti invece a Bobbio avevano finito col passare nella Biblioteca Nazionale di Torino.

Tali fogli, indicati più che descritti dal Peyron nel 1823, vennero ora ritrovati nella Biblioteca dell'Accademia delle scienze di Torino, e restituiti alla Biblioteca Nazionale, nella quale ho potuto esaminarli a mio agio e trarne un apografo, che fu pubblicato nelle *Memorie* di detta Accademia (Anno 1894-95 serie II tom. XLV p. 126-146).

Annunciando tale scoperta ai lettori del *Bullettino*, riassumo alcune notizie.

I tre fogli Torinesi, piegati in due e rescritti, formarono sei fogli del ms. bobbiese-vaticano, contenente la prima parte delle *conlationes patrum* di Cassiano. Questi sei fogli si uniscono al ms. Vaticano, mutilo in principio, colla lacuna di un sol foglio intermedio, e contengono le *Conlationes* da III, 18 *testatur infundi* (pag. 90 lin. 17 dell'edizione di Petschenig) a IV, 10 *et videbit omnis* (pag. 104, lin. 6 dell'edizione citata).

La scrittura più antica, ossia i frammenti del Codice Teodosiano, vennero fatti ricomparire col sistema Giobertino, ma l'operazione non riuscì perfettamente, soprattutto nel primo foglio, che è in pessimo stato e quasi illeggibile.

Il contenuto è il seguente:

f. 1: *da C. Th. XIV, 3, 5 a 13 eidem corpori ..es....*, omissa però intieramente la costituzione 6.

„ 2: *da C. Th. XVI, 2, 23 ecclesiasticis obtinendos a 29 praecipimus nihil.*

„ 3: *da C. Th. XVI, 3, 1 sequi adque habitare a XVI, 5, 3 inclusivamente.*

Alcune costituzioni sono numerate, altre no; si conserva la numerazione e la rubrica di XVI, 5, mentre la linea, in cui si dovrebbe trovare la rubrica di XVI, 4, rimase, a quanto pare, in bianco.

Confrontando il testo coll'edizione di Haenel possiamo, se non erro, emendare i seguenti passi:

XVI, 3, 5 HAEN. *post emensum annum aetatis*: l. *p. e. vicesimum a. ae.*, ma qui l'errore è solo dell'edizione di Haenel, poichè il ms. Vat. Reg. 886 e le edizioni antiche hanno pure la parola *vicesimum*.

XIV, 3, 8 *etiamsi absolutionem*: l. *e. ad a.* Così aveva già proposto Gotofredo di congettura.

ib. *pistorum omnium labor et assensus consessus convenisse videatur*: il palinsesto Torinese, a quanto sembra, omette la parola *consessus*, della quale non mi pare che si possa dare una spiegazione soddisfacente. Forse, nonostante la leggera differenza, si potrebbe credere che la parola *consessus* sia nata dall'errore di un amanuense, il quale dopo aver copiato il principio della parola *convenisse*, abbia sbadatamente ripetuto l'ultima parte della parola precedente *adsensus*. Gotofredo proponeva di correggere *adsensus et consensus*, ma sarebbe un'inutile ripetizione dello stesso concetto.

ibid. *ut officina ad aliam*: l. *ut ab o. a. a.* La mancanza della particella *ab* era già stata osservata da Gotofredo.

XIV, 3, 10 *si aliquam pistrinis obnoxiam*: l. *si aliqua p. obnoxia*. Gotofredo aveva già corretto così di congettura, proponendo anche, come seconda ipotesi, di aggiungere *rem* dopo *aliquam*. Haenel preferirebbe questa seconda correzione, la quale è però evidentemente da respingersi. Cfr. infatti in seguito *....si vero libera.... derelicta....*

Del resto il palinsesto Torinese ci da un testo molto scorretto; ma, di tutti gli errori in esso contenuti, noto qui solo i seguenti, perchè si riscontrano anche in un manoscritto posteriore:

XVI, 2, 24 *personalium numerum l. munerum*; lo stesso errore si trova anche nel ms. Parigino 4406 (HAENEL. n. 11.)

XVI, 4, 4: *auctoritatem n * nomines (?)*: l. a. *nostrum numinis*; il già citato ms. Parigino ha pure *nos nominis*.

Per notizie più dettagliate rinvio al lavoro sopra annunciato, nelle *Memorie* dell'Accademia di Torino.

FEDERICO PATETTA

Bibliografia

C. APPLETON. — Histoire de la compensation en droit romain — 1895 Paris. G. MASSON.

Questa nuova opera del chiarissimo Appleton è una nuova prova del gran valore dell'Autore e del progresso della scuola romanistica francese. Essa va riguardata da un duplice punto di vista: cioè nelle sue relazioni con la scienza anteriore e nei suoi contributi nuovi.

Sotto il primo riguardo è da considerare in modo speciale la prima parte del libro, che concerne la storia più antica della compensazione nei giudizi di buona fede e le forme dell'*actio cum compensatione* e dell'*actio cum deductione*. È qui infatti che l'opera dell'A. si trova più direttamente collegata coi lavori antecedenti. Quel lavoro esegetico che, incominciando col Bethmann-Hollweg, si era venuto da certo tempo accentuando ed era dovuto più che altro al sentimento che sotto i frammenti del titolo *de compens.* delle Pandette si nascondessero testi originariamente riferiti alle antiche forme di compensazione, presa forma sicura coi lavori del Lenel, ha trovato ora nell'Appleton chi lo ha completato e se ne è avvalso per ricostruire la teorica della antica compensazione per crediti derivanti *ex eadem causa* nei *bonae fidei iudicia* e quella della *compensatio* e della *deductio*, sulla base delle poche notizie date da Gaio.

E con ciò l'Appleton ha sopperito ad un vero bisogno della scienza, in quanto che si può affermare sia stato il primo (a vero dire quasi contemporaneamente col Pernice, Labeo 2^a Ed. II, 1) ad utilizzare le interpolazioni, segnalate dal Lenel in manie-

ra frammentaria, per venire a qualcosa di concreto e sistematico.

Pei giudizi di buona fede l' A. non ha risultati cui non sia giunto prima di lui l'Eisele. Son però notevoli le esegesi della L. 6 D. h. t. (nel Lib. 30 ad Sab. Ulpiano trattava della società; quindi l'ammissibilità delle obbligazioni naturali in compensazione deve limitarsi a quelle derivanti *ex eadem causa*) e della L. 11 D. eod. (La legge è evidentemente spostata, come lo dimostra l'iscrizione, ed andrebbe dopo la L. 9 di Paolo; l'*idem* quindi che trovasi nella iscrizione si riferisce a Paolo. — E siccome questo giureconsulto nel Lib. 32. ad Sab. parlava precipuamente della società, così è da indurre con tutta verisimiglianza che l'arrestarsi delle usure, sanzionato dalla L. 11, si riferisca al solo caso di società e trovi giustificazione in una clausola tacita di compensazione convenzionale dal momento dell'esistenza dei crediti reciproci, contenuta nel contratto di società).

Per l'*actio cum compensatione*, oltre l'esposizione dei principi insegnati da Gaio, è notevole l'opinione dell' Appleton che l'esistenza di crediti reciproci necessaria per questa forma di compensazione trovi la sua ragione, nel caso non esista che un negozio unilaterale, come un mutuo che si paghi a rate all'argentario, nella convenzione delle parti che questi pagamenti debbano considerarsi come prestiti fatti al banchiere.

L'Appleton riferisce alla compensazione degli argentarii le seguenti leggi del digesto, e parecchie, così interpretate lo aiutano a risolvere alcune note quistioni sull'*actio cum compensatione*:

L. 8. h. t. di Gaio: il testo suppone che il cliente, contestando la lite con l'argentario, non abbia dedotti i crediti di quest'ultimo. Ciò contro l'Eisele che, come è noto, voleva che anche il cliente fosse obbligato all'*actio cum compensatione*. — La L. 2 eod. (nella quale l'A. ritiene che *unusquisque* sia interpolato al luogo di *argentarius*) conferma tale risultato.

L. 21, eod. Sono interpolate le parole *Posteaquam placuit... compensari* (Bethmann-Hollweg) che han servito a nascondere il primitivo riferimento della legge agli argentarii. Essa prova che nell'*actio cum compensatione* l'estinzione delle concorrenti quantità non avveniva per consunzione processuale (altra affermazione dell'Eisele) perchè, se il *procurator absentis* è dispensato dalla

cautio de rato è perchè l'argentarius conserva il suo credito nella quantità corrispondente al credito del cliente per poterglielo opporre se in seguito lo richiedesse. La legge inoltre prova che l'argentario poteva essere costretto all'*actio cum compensatione* anche senza domanda del cliente (*nihil compensat*). Anche ciò contro l'Eisele L. 5, L. 7., L. 8. Tutte queste sono dall'A. riferite all'*actio cum compensatione* in base ai libri da cui son tratte, poichè quivi i giureconsulti commentavano appunto il luogo dell'editto portante la *formula cum compensatione* (Lenel).

L. 4 — L'A ritiene interpolato l'*ipso iure* (Hasse); quindi la legge consacra il medesimo principio della L. 5.

L. 15. L. 18, L. 22. —

Quanto alla *deductio* del *bonorum emptor*, ci asteniamo per brevità dal dar conto dei ragionamenti dell'Appleton, perchè essi collimano perfettamente coi risultati ottenuti dal Lenel nella *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*. 1883 p. 116 segg.

Una sola osservazione ci sembra interessante per quanto concerne ancora questa prima parte del lavoro dell'Appleton; ed è che quest'autore si è con risolutezza dichiarato contrario alle opinioni anteriori che tentavano di estendere il campo dell'antica compensazione oltre i casi speciali narrati da Gaio. E di vero dopo i risultati esegetici ottenuti in questi ultimi anni, l'esattezza delle istituzioni Gaiane, che già a priori era più che arduo attaccare, può dirsi completamente rivendicata.

Sotto il secondo punto di vista più sopra notato, cioè come contributi nuovi devono considerarsi le opinioni dell'Appleton circa il rescritto di Marco Aurelio e circa la compensazione nel diritto giustiniano. A nostro modo di vedere la parte più utile del libro dell'Appleton è quella sinora esposta, poichè quivi egli cammina su un terreno solido e positivo: essa sostituisce molti libri od in moltissime parti li corregge. Nel seguito dell'opera egli entra in un campo congetturale; ed in parte vi è costretto dalla mancanza di fonti, in parte vi si pone di propria volontà.

Vi è costretto cioè per quanto riguarda il noto rescritto, e sul medesimo egli espone la seguente propria ipotesi.

Tutte le spiegazioni escogitate sinora per ispiegare il rescritto di Marco Aurelio hanno il difetto di avergli dato una

portata troppo generale, cioè di aver voluto dal medesimo far derivare un procedimento ordinario e generale di compensazione negli *stricti iuris iudicia*. Ora ciò non è possibile, sia perchè i rescritti di solito non contengono ordini generali, sibbene risoluzioni di casi speciali, sia perchè, disponendo quello di Marco Aurelio che la compensazione dovesse avvenire con l'aiuto di una *exceptio doli*, era impossibile che questa agisse dove non era dolo nell'attore a negare la compensazione. E, secondo l'A., dolo non v'è, se non quando il credito ed il controcredito che collidono sono entrambi liquidi ed accertati. Allora l'attore agisce dolosamente a non voler ammettere la compensazione.

D'altro canto troviamo nella L. 1 § 4 *Quae sententiae* (49,8) di Marco citate alcune costituzioni che imponevano al giudice dinanzi al quale erano pendenti due *mutuae petitiones* riguardanti le medesime parti di soprassedere, dopo aver condannata l'una, a dar contro di essa l'actio indicati, sino a che non fosse giudicata l'altra. Ciò evidentemente perchè nelle actiones indicati poi potessero compensare. Se il rescritto avesse ordinato un procedimento generale di compensazione, a che queste costituzioni?

Secondo l'A. il più probabile è che il procedimento compensativo si abbia dalla combinazione del rescritto e delle menzionate costituzioni. Queste serviranno a permettere che fossero resi liquidi i crediti reciproci (il controcredito veniva opposto come *mutua petitio*); divenuti liquidi, tali si presentavano nelle actiones indicati, dove il giudice non avrebbe avuto mezzo di compensarli, perchè contenuti in due formule distinte. Allora interveniva il rescritto, che aveva concessa l'*exceptio doli*, pel solo caso di crediti liquidi e con tal mezzo il convenuto otteneva la compensazione. Il pretore cioè, di fronte all'*exceptio*, divideva la domanda dell'attore in due parti: per il di più che essa portava rispetto al controcredito del convenuto gli dava l'*actio pura*, per quella parte che esattamente corrispondeva a questo controcredito gliela dava con inserita una *exceptio doli*, la quale naturalmente portava al suo completo respingimento. La compensazione era ottenuta.

L'Appleton entra invece nel campo congetturale di propria volontà per quel che riguarda la *ipso-iure-compensatio*. E qui è

prezzo dell'opera fare una digressione; la fa lo stesso Appleton, poichè l'introduzione al suo libro non ha alcuna relazione con la teorica della compensazione. È uno studio sulla capacità intellettuale e sulla cultura storica dei compilatori Giustinianeî, dei compilatori delle Istituzioni e di Teofilo come autore della Parafrasi; le tre fonti principali (salvo Gaio) della storia della compensazione. La misura di questa capacità ci vien data con alcuni esempi di errori ingiustificabili.

Ve ne sono due per i compilatori in genere: il confronto cioè della L. 1 § 3 D. I, 1 (Ulp. lib. 1º Instit.) e del pr. Inst. I. 2 (l'espressione di Ulpiano che l'ius. naturale *avium quoque commune est* è resa dai compilatori nel senso che questo diritto è proprio omnium animalium quae in coelo.... etc. nascuntur.); e la nota interpolazione poco scusata della L. 24 pr. D. de *pigner act.* 13, 7.

Alcuni altri servono a farci conoscere il poco senno dei compilatori delle Istituzioni, come la fine del § 13 Inst. I, 10, che concede il beneficio della legittimazione per susseguente matrimonio anche ai figli nati dopo questo matrimonio, errore avvenuto certo per aver voluto rendere — e ciò fu fatto storditamente — la sanzione delle L. 10 C. de naturalib. liberis 5. 27; ed altri, tra i quali sono notevoli i passi relativi alla Paulliana *in rem* (Inst. IV 6 § 6) al *sane uno casu* (Inst. IV, 6 § 2 riferito dall'Appleton alla l. 80 D. de R. V. 6, 1), ed il *sive alias quascunque* del § 39 I. IV, 6, osservazione già dovuta all'Eisele.

Per Teofilo in ispecie come compositore dello parafrasi (V. Appleton p. 30 ss. che riassume la controversia sulla paternità della detta parafrasi e si decide per attribuirla a Teofilo) l'autore riporta i tre esempi trovati dal Ferrini: Inst: II, 15 § 2, II, 1, 26, IV, 10 pr. a provare la scorrettezza delle dichiarazioni di questo antico commento.

Questo studio serve all'Appleton per negar valore di prova alla parafrasi di Teofilo ed alle Istituzioni che attribuiscono a Giustiniano l'introduzione della compensazione legale (ipso-iure-compensatio). Secondo dimostra invece la storia, la compensazione fu sempre giudiziaria a Roma, e se Giustiniano con la L. ult. D. h. t. dice che essa ora debba avvenire ipso iure, non ha

avuto l'intenzione di introdurre la compensazione legale. Con l'ipso iure, Giustiniano ha stabilito nient'altro che un principio direttivo della compilazione; le antiche forme: *compensatio*, *deductio*, *exceptio doli* sono ormai sparite, non è più il pretore con le azioni e le esecuzioni, ma l'Imperatore, l'*ipsum ius* che concede la compensazione. I compilatori devono sopprimere tutto ciò che si riferisce a quegli antichi modi di compensare. Dunque la costituzione Giustiniana non ha altro scopo che di dirigere la formazione del digesto ed abrogare delle parole. Invece i compilatori non hanno compreso il comando di Giustiniano ed hanno interpolato meccanicamente l'ipso iure nei noti testi: L. 4; 10 pr., 21 D. h. t., L. 4 C. h. t.

Di questo loro procedere non conviene tener dunque alcun conto, perchè frutto di ignoranza.

Come si vede, l'opinione dell'Appleton è ipotetica; e di fatti egli, a parer nostro, non ha data la piena dimostrazione che l'*ipso iure* giustiniano abbia il senso da lui voluto, nè ha abbastanza provato — si comprende bene che gli esempi fatti sopra non sono una prova, ma tutt'al più una semplice pregiudiziale a disfavore dei compilatori — che l'*ipso iure* dei testi del digesto abbia un significato diverso da quello datogli da Giustiniano.

Altro è il dire che la compensazione legale sia un istituto da riprovarsi, altro è il sostenere ch'esso non sia stato ammesso da Giustiniano. Ora a noi pare che veramente esso sia Giustiniano, sebbene non sia da lodarsi.

NOTIZIE

Dei Basilici fu scoperto a Milano nella biblioteca Ambrosiana dal Dr Giovanni Mercati un palinsesto, del quale si sono conservati 252 fogli ossia 504 pagine.

Il prof. Contardo Ferrini ha compiuta la trascrizione di tutta la parte inedita, e la pubblicherà entro l'anno 1896 con la traduzione latina.

Il manoscritto è del secolo decimo e perciò il più antico finora conosciuto della compilazione bizantina: non conteneva peraltro i Basilici completi, essendo tralasciati spesso molti capitoli e titoli intieri. Molti fogli appartengono al libro XIX, molti ai libri XXX e seguenti, XLIII — XLIV, LIII — LIX.

Il Ferrini dà una notizia preliminare della scoperta nei *rendiconti dell'Istituto lombardo* Serie II, vol. 29, 1896.

Legge Municipale Tarentina. Nell' Ottobre 1894 il prof. Viola scoprì in Taranto vari frammenti di una tavola di bronzo, che ci hanno conservato una colonna della legge data al Municipio di Taranto. Varie cause ne hanno impedita finora la pubblicazione. Appena lo scopritore ne avrà edito il testo, noi lo ripubblicheremo nel *Bullettino* coi nostri commenti.

Di vari altri testi epigrafici scoperti in questi ultimi anni daremo notizia nel prossimo fascicolo.

Sui papiri egiziani dei musei di Berlino, (vol. 1 completo e vol. II fascicoli 1-6), dell'arciduca Ranieri a Vienna (*Corpus papyrorum Raineri*) (vol. I), della collezione di Ginevra (editi qua e là; confr. *Revue Archéologique* 1894 p. 34 segg. p. 65 segg. 1895 p. 223 segg. e *Comptendu de l' Académie des Inscriptions et Belles-Lettres* Séance 20 décembre 1895) richiamiamo l'attenzione dei romanisti. Molti di questi documenti si riferiscono al diritto: nè bisogna credere che solo quelli riportati nelle Riviste giuridiche o nelle collezioni del BRUNS *fontes* 6^a ediz. e GIRARD *Textes* 2^a ediz. meritino l'attenzione degli studiosi di diritto romano,

BULLETTINO BIBLIOGRAFICO

Si pregano gli autori e gli editori di voler aiutare l'Istituto nella compilazione di questo Bullettino, informandolo delle loro pubblicazioni.

AMBROSELLI L., Droit romain: Théorie des risques dans les contrats (Thèse) — Paris, A. Rousseau. —

'ΑΝΔΡΕΑΔΗΣ N., Τεμάχια τοῦ Δωδεκαδέλτου Πόμου — Athen. 1894.

ANTONIBON E., Studi sulla legislazione decemvirale — Torino, Bocca, 1895.

APPLETON C., Histoire de la Compensation en Droit Romain — (Annales de l'université de Lyon) — Paris, Masson, 1895.

APPLETON H., Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir — Paris, Larose, 1895.

ARMINJON C., Droit romain: la Presidence des quaestiones perpetuae. (Thèse) — Paris, Chevalier Marescq et C.

AZÉMAR J., Droit romain: De la cognitio extraordinaria (Thèse) — Paris, Pedone.

BACHELER V., Droit romain: De la garantie en cas d'éviction. (Thèse) — Paris, Rousseau, 1894.

BAYLAC P., Droit romain: Condition de l'enfant naturel (de spuris). (Thèse) — Toulouse, Saint Cyprien, 1894.

BENOIT P., Droit romain: Du partage: étude speciale de l'action familiae erciscundae. (Thèse) — Paris, Pedone, 1894.

BERTHON M., De la pétition d'hérédité en droit romain et en droit français. (Thèse) — Paris, Rousseau.

BERTOLINI C., Teoria penale della pena convenzionale secondo il diritto romano. (Estratto dagli *Studi e documenti di Storia e diritto*) — Roma, Accademia Storico giuridica, 1894.

BILLANDET A., Droit romain: Des cas de restitution volontaire de la dot pendant le mariage (Thèse) — Paris, Pedone.

BLUME W., Novation, Delegation und Schuldübertragung Abhandl. aus dem R. R.— Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1891.

BOUCHÉ LECLERCQ A., Les lois démographiques d'Auguste — Nogent - le - Rotron, Danpeley-Gouverneur.

BOURRE E., Des inégalités de condition résultant de la religion, en dr. romain. — Paris, Giard et Brière, 1895.

BONORY F., Droit romain: De la querela inofficiosi testamenti. (Thèse) — Paris, Rousseau, 1894.

BROUILHET C., Droit romain: De l'interdit fraudatoire. (Thèse) — Lyon, Rey.

BRUGI B., *Libri e Codices* nel linguaggio dei giureconsulti Romani — Padova, (dagli *Atti e memorie della R. Accademia di Padova.*)

BUCKLER W. H., The origin and History of Contract in Roman Law, down to the end of the republican period. — Cambridge, University Press., 1895.

CAGNAT R., Revue des publications épigraphiques relatives à l'antiquité romaine (avril-juin); Angers, imprim. Burdin et C: Paris, librairie Leroux (Extrait de la *Revue archéologique*).

CICCOTTI E., Il processo di Verre. Un capitolo di storia romana — Milano, a cura dell'autore.

CICCOTTI E., Donne e politica negli ultimi anni della repubblica romana. Un saggio. — Milano, a cura dell'autore.

CLARK ALBERT C., M. Tullii, Ciceronis pro T. Annio Milone ad judices oratio. Edited with introduction and commentary. — Oxford, Clarendon Press. 1895

COSTA G., Sommario delle lezioni di storia del Diritto Romano. — Bologna, Zanichelli.

COURTRAY L., Droit romain: du mandatum pecuniæ credendæ (Thèse) — Paris, A. Rousseau.

DAREMBERG ET SAGLIO, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines. 20 fascicule (Fos-Sen) — Paris, Hachette et C.

DELEAU. P., Droit romain: du contrat literis. (Thèse) — Rouen, Benderitter, 1894.

DEL VECCHIO A., Quaestiones de iuris subtilitatibus des Irnerius. Summa Codicis des Irnerius — Firenze (dall' *Archivio Storico italiano*).

DE RUGGIERO., Dizionario Epigrafico di Antichità Romane — Fasc. 35-48 — Roma, Pasqualucci, 1895.

DESBATES A. G., Droit romain: Le sénatusconsulte Macédonien (Thèse) Bordeaux, V. Cadoret, 1894.

DROMARD E., Étude sur les latifundia. Contribution à l'histoire de la propriété rurale à Rome du II siècle avant au II siècle après notre ère. — Paris, Picard et fils.

DUVAL I., Droit romain: Du concubinat. (Thèse) Paris, Chevalier-Maresq, 1894.

DUVAL P., Droit romain: du contrat de transport à Rome, et en particulier du transport maritime. (Thèse) -- Tours, Mome et fils, 1894.

EHRENZWEIG A., Die Sogenannte zweigliedrigen Verträge, insbes. die Verträge zu Gunsten Dritter nach gemein. und österr. R. — Wien, Manz, 1895.

ENGELMANN A., Der Civilprozess, Geschichte und System. II Bd. 3 Heft. Der romanisch-Kanonische Prozess und die Entwicklung des Prozessrechts in Deutschland — Breslau, Koebner, 1895.

ENGELMANN W., Die schuldlehre der Postglossatoren u. ihre Fortentwickl — Leipzig, Dunker und Humblot, 1895.

ERMAN H. Das römische Recht 1884 bis 1894 (Juristischer Literaturbericht) — Leipzig, Hinrichs.

ESMEIN A., L'oeuvre d'Irnerius d'après des recherches récentes. — Paris, Bouillon, (Extr. du *Moyen age* de Février 1895).

FITTING H., Grundriss zu Vorlesgn. üb. Institutionen — Leipzig, Pfeffer, 1895.

FRANCOTTE H., L' Antidosis en droit athénien — Paris, Bouillon, 1895.

GARNOT P., De l'effet des exceptions partielles, en droit romain classique. (Thèse) — Lyon, Plan, 1894.

GAUDENZI A., Sulla cronologia delle opere dei dettatori bolognesi da Buoncompagno a Bene di Lucca — Roma (dai *Rendiconti della R. Accademia dei Lincei*).

GEBLESCO C., Droit romain: la question agraire à Rome. (Thèse) — Paris, Pedone, 1894.

GENET P., Droit romain: de la restitution de la dot. — Mayenne, Nèsan, 1894.

GIRARD L., De la comptabilité domestique chez les Romains. (Thèse) — Paris, Pedone, 1895.

GIRARD P., Manuel élémentaire de Droit Romain — Fas. I^o Paris, Rousseau, 1896.

GRANDIN I., Droit romain: du divorce. (Thèse) — Paris, Chevalier-Marescq et C., 1894.

GRÉCIANO P., Droit romain: Du rôle de l'État en matière monétaire à Rome. (Thèse) — Paris, Rousseau.

GUILLAND H., Étude sur la vicesima hereditatum envisagée principalement au point de vue hist. et écon. (Thèse) — Paris, Rousseau.

HEILFRON E., Das gemeine Privatrecht des deut. Reichs. 1. Tl. 1. Abt. Röm. Rechtsgesch. — Berlin, Speger und Peters, 1895.

HILFSBUCH zum studium der Pandekten insbes. zu Dernb. Pand. 3 Abt. (Familien und Erb. R.) — Berlin, Müller, 1895.

HEUMANN H. G., Handlexicon zu den Quellen des r. R. — Iena, Fischer, 1895.

KLIMONT J., Römisch. rechtl. Bilderbogen — Wien, Manz, 1895.

KOEPPEN A., Lehrbuch des heut. röm. Erb. — R. 3 Abt. Würzburg, Stuber, 1895.

KOLLATH I., Die Geltung der römisch-rechts. Grundsätze über die res extra commercium in heutig. R. Breslaw, Schletter, 1895.

ΚΡΑΣΣΑΣ 'Α., Οἰκογενειακὸν τῶν Παυλικῶν Δίκαιον — 2. Aufl. Athen, 1895.

LAMBERT J., Droit romain: l'Infantia. (Thèse) — Paris, Pedone.

KRUG L., Urheberbenennung. Eine hist.-dogmat. Studie. Berlin, Heymann, 1895.

LANDUCCI L., Storia del diritto Romano dalle origini fino alla morte di Giustiniano, Seconda edizione, Vol. I^o, Parte I^a Fonti, — Padova, Sacchetto, 1895.

LAPART I. H., Droit romain: Étude sur la rendition des comptes de tutelle. (Thèse) — Toulouse, Sainte-Cyprienne.

LECOUTURIER H. Droit romain: De la bonorum venditio. (Thèse) — Paris, Carré, 1894.

LEVI S., Die Verpfänd. Breslau, Schletter, 1895.

MAGNE P., Droit romain: De l'actio injuriarum et de l'injuria. (Thèse) — Paris, Rousseau.

MALLET J., Du prêt à intérêt, en droit romain et en droit français. (Thèse) — Paris, Pedone.

MONDOWSKY D., 100 Stellen aus dem Corpus Iuris (Digesten) m. ausführl. Interpretat. — Breslau, Koebner, 1895.

MANENTI C., Concetto della communio relativamente alle cose private, alle cose pubbliche, ed alle communes omnium — Milano, (dal *Filangieri*).

MAUNOURY M., Droit romain: de l'auctoritas tutoris (Thèse) — Paris, Rousseau, 1894.

MEYER P., Der römische Conkubinat nach den Rechtsquellen und den Inschriften — Leipzig, Teubner, 1895.

MILONE F., Le universitates rerum — Studio di diritto romano. — Napoli, M. Savastano, 1894.

MITTEIS L., Zwei Streitschriften aus Hermupolis vom III. und IV. Jahrhundert nach Chr., nach Lesung von C. Wessely — Wien, 1894.

MOUTIER F., Droit romain: Essai sur la législation de l'enfant conçu. (Thèse) — Paris, Rousseau, 1894

MUCKE R., Horde u. Familie in ihrer urgeschichtl. Entwicklung — Strassburg, 1895.

MUNTER G. A., Sumario de derecho romano — Madrid, Alvarez.

NARDI DEI U., Della derelizione e della successiva occupazione in diritto romano — Orvieto, E. Tosini.

NEY C., Institutionen u. Pandekten in spez. Berücksicht. d. Quellen der deut. RGG. v. des preuss. LR, in Frage. u. Antwort bearb. — Berlin, Bahr, 1895.

NICCOLINI G., La legge di Publilio Volerone — Pisa, T. Nistri.

NICOLAU A. D., Droit romain: De la restitutio in integrum accordée aux mineurs de vingt-cinq ans. (Thèse) — Paris, Rousseau.

NEFF P., Beiträge zur Lehre v. der fraus legi facta in d. Digesten. — Berlin, Prager, 1895.

OERTMANN P., Der Vergleich im gemeinen Zivil R. — Berlin, Heyemann, 1895.

O'IKONOMIDOU Δ., Περὶ νομίμων αἰτίας κατὰ τὴν μεταβίβασιν κυριότητος — Athen. 1894.

PASTOR Y ALOIRA I., Prolegómenos del derecho; historia y elementos del derecho romano. II. IV eder. — Madrid, Suarez.

PETIT E., Traité élémentaire de droit romain — 2.^a édit. revue et complétée. — Paris, Rousseau.

PENEAU S. H., De la responsabilité civile et pénale des fonctionnaires publics en droit romain. (Thèse) — Bordeaux, Cadoret, 1894.

PETRAZYKI L., Die Lehre von Einkommen. Vom Standpunkte des gemeinen Zivil R. unter Berücksicht. des E. B. b. GB. für das deut. Reich. -- II. Bd: Ein kommenertatz. — Wien, Müller, 1895.

PINEAU P. M., Droit romain: Étude historique sur l'édilité romaine. (Thèse) — Bordeaux, Cadoret, 1894.

PLICHON P., De l'évolution des droits du mari sur la dot (Thèse) — Paris, Pedone., 1894.

POURET M., Droit romain: Du contrat de commodat. (Thèse) — Paris, Chevalier Maresq, 1894.

POUYANNE — Droit romain: La propriété des fonds provinciaux. (Thèse) Paris, Duchemin, 1894.

PRANZATARO U., Il diritto di sepolcro nella sua evoluzione storica e nelle speciali attinenze col diritto moderno. — Torino, Unione tip. ed., 1895.

RANDA A., Der Besitz nach österr. R. m. Berücksicht. d. gemeinen R. des preuss. franz. u. ital., des sächs u. zürich. GB. — Leipzig, Breitkopf und Hartel, 1895.

ROCHOUX E., Droit Romain: De l'action morale. (Thèse) — Paris, Pichon, 1894.

ROSSI P., Le iscrizioni romane del territorio senese. I — L'iscrizione dell'Augustale di Porta Romana — Siena (dal *Bullettino senese di storia patria*).

SALA CONTARINI G., La destinazione del padre di famiglia, come mezzo costitutivo di servitù prediali, nel diritto romano. — Girgenti, Formica e Gaglio, 1895.

SALEILLES R., Étude sur les éléments constitutifs de la possession — Dijon, Darantière, 1894.

SALKOWSKI A., Trattato delle Istituzioni del diritto privato Romano e breve storia del medesimo. Traduzione dell'avv: R Lanzara. Fascicolo 42. — Napoli, F. Corrado, 1894.

SALVA I., Droit romain: La continuation (Thèse) — Paris, A. Rousseau.

SAVIGNY J., Sistema del diritto romano attuale — Traduzione di Vittorio Scialoja — Torino, Unione tip. edit., Dispense 54, 55, 56, 57,

SCHIFFNER L., Die s. g. gesetzlichen Vermächtnisse. Eine erbrechtl. Studie auf Grundlage des röm. u. oesterr. Privatrechts. — Leipzig, Veit et C.

SCHUPFER F., Le quæstiones de iuris subtilitatibus e la Summa Codicis. Nota critica — Torino (dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*.)

SEGRÈ G., Gli effetti del "dies incertus quando", nelle disposizioni di ultima volontà. — Torino, (dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*).

STEIDLE E., Das soldaten-Testament — Würzburg, Stahel, 1893.

SURUGNE G., Droit romain: Les collegia tenuiorum. (Thèse) — Paris, Rousseau, 1894.

TOMASSETTI G., Feudalismo romano — Roma (dalla *Rivista internazionale di scienze sociali*).

TREPPOR L., Droit romain: Le concept du vol dans le droit romain. (Thèse) — Paris, Chevalier-Maresq.

TROMBETTI U., L' editto di Teodorico — Verona, Padova, 1895.

TROUILLER M., Droit romain: De l'hérédité à Rome et de l'institution d'héritier (Thèse) — Valence, Céas et fils, 1894.

TUHR A., Actio de in rem verso, zugleich e. Beitrag zur Lehre v. der Geschäftsführung — Freiburg, Mohr, 1895.

VALROGER R. (DE) Droit romain: De la forme des impôts et autres revenus publics. (Thèse) — Paris, A. Rousseau.

VALETTE P. G., Droit romain: De l'infans (Thèse) — Paris, Larose, 1894.

VERMOUD E., Théorie générale de la possession en droit r., — Larose, 1895.

VETERE A. *Sunto di un corso di storia del Dir. rom.* — Napoli, Pesole.

VILLEMS JOS., *Le testament de Gaius Longinus Castor* — Gand, Vander Hägen, 1895.

WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*. Trad. ital. di Fadda e Bensa Disp. 26. 27. 27 bis — Torino, Unione tipog. ed., 1895.

WURMB H., *Die Wirkungen der Annahme an Kindesstatt u. ihrer Aufhebung nach r. R.* — Berlin, Baeusch, 1895.

ZOCCO-ROSA A., *Sintesi organica delle Istituzioni di Giustiniano con riguardo alla loro parafrasi greca. I. Prolegomeni. Nozioni e teorie generali. I diritti reali.* — Catania, (Istit. di storia del diritto romano) 1895.

ZOCCO-ROSA A., *Il Diritto Romano ostacola i nuovi ideali giuridici del secolo nostro?* — Catania, Istituto di Storia del D. R., 1895.

K
9
S75
anno 8

Istituto di diritto romano
"Vittorio Scialoja"
Bullettino

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY
